

Walter Zeiss

1960

DAS VERKEHRSRICHTIGE VERHALTEN
ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND IM ZIVILRECHT

Dissertation,
der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz

vorgelegt von

WALTER ZEISS
Gerichtsreferendar

MAINZ 1960

Hauptberichterstatter: Prof. Dr. Esser

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Niese

Tag der mündlichen Prüfung: 29. Juli 1960

Datum des Diploms 20. OKT 1960



GESAMTHERSTELLUNG:

DITTERS BÜRODIENST, MAINZ, Augustinerstraße 64-66

MEINEN ELTERN



Digitized by the Internet Archive
in 2026

INHALTSVERZEICHNIS

	Seite
§ I. ANLASS UND FRAGESTELLUNG	
1. Der Beschluß des Großen Zivilsenats vom 4.3.1957	1
2. Die unterschiedliche Behandlung des verkehrsrichtigen Verhaltens im Straf- und Zivilrecht	2
3. Die Beweislastverteilung	5
4. Die materielle Problematik der Entscheidung	6
§ II. GEGENSTAND DES RECHTSWIDRIGKEITSURTEILS	
1. Die Werttheorie	7
2. Die Imperativtheorie	10
3. Handlungsbegriff und Notwendigkeit einer getrennten Bewertung von Handlung und Erfolg	12
§ III. HANDLUNGS- UND ERFOLGSUNWERT IM DELIKTSRECHT	
1. Besteht ein Bedürfnis, die Handlung zur Bestimmung des Unrechts heranzuziehen?	16
2. Handlungsunwert bei unvorsätzlichen Taten	18
3. Handlungsunwert bei Vorsatztaten	18
4. Welchen Einfluß hat die Zuordnung des Vorsatzes zum Unrechtstatbestand auf den Aufbau der Haftungsgründe? . .	20
§ IV. DER STANDORT DES ZIVILRECHTS IN DER AUSEINANDERSETZUNG ZWISCHEN HANDLUNGS- UND ERFOLGSUNWERT	
1. Rechtswidrigkeit im formellen Sinn	22
2. Rechtswidrigkeit im materiellen Sinn	22
3. Die Sozialadäquanz	25
4. Stellung des Zivilrechts	28

§ V. AUSWIRKUNGEN DER TRENNUNG VON HANDLUNGS-
UND ERFOLGSUNWERT

1. Rechtfertigung bei vorsätzlicher Tat	30
2. Problematik der Beispiele	30
3. Lösungsversuch	33
4. Der Satz von der Einheit der Rechtsordnung	36
5. Die Beispiele	38

§ VI. DIE RECHTFERTIGUNG VON FAHRLÄSSIGKEITSTATEN

1. Problemstellung	43
2. Voraussetzungen für die Rechtfertigung fahrlässiger Erfolgsverursachungen	44
3. Die Beispiele	46

§ VII. DAS VERKEHRSRICHTIGE VERHALTEN ALS
RECHTFERTIGUNGSGRUND

1. Die Verkehrswidrigkeit als Kriterium der Rechtswidrigkeit	49
2. Die Unvermeidbarkeit des Erfolges	50
3. Ist in den Fällen der überholenden Kausalität der Erfolg rechtmäßig ?	53
4. Die Unvermeidbarkeit als Merkmal des Rechtfertigungs- grundes des verkehrsrichtigen Verhaltens	56
5. Kritik	60

§ VIII. DER RECHTFERTIGUNGSGRUND DES VERKEHRSRICHTIGEN
VERHALTENS UND DER FAHRLÄSSIGKEITSBEGRIFF

1. Die Auswirkungen des neuen Rechtfertigungsgrundes auf den Fahrlässigkeitsbegriff	62
2. Die subjektive Theorie	64
3. Standort der einzelnen Merkmale im Aufbau der Haftungs- gründe	66

	Seite
4. Die objektive Theorie	69
5. Kritik	70
6. Schuldmaßstab beim objektiven Fahrlässigkeitsbegriff . .	73
7. Ergebnis (mit Schaubild)	74

LITERATURVERZEICHNIS

- Bachof, Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951
- Baumann, DAR 1955, 210, Kausalzusammenhang bei Fahrlässigkeitsdelikten
- Baumann, MDR 1957, 646, Die Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Handlung
- Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906
- Beling, Grenzlinien zwischen Recht und Unrecht in der Ausübung der Strafrechtspflege, 1913
- Bettermann, NJW 1957, 986 (Anm. zur Entscheidung des GrZS des BGH vom 4.3.1957)
- Bienenfeld, Die Haftungen ohne Verschulden. Typenlehre und System der außergeschäftlichen Obligationen im deutschen, oesterreichischen und schweizerischen Recht, 1933
- Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd.I, 1885
- Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd.I, 4. Aufl., 1922; Bd.II, 2. Aufl., 1914/16; Bd.III, 1918; Bd.IV, 1919
- Binding, Strafrechtliche und strafprozessuale Abhandlungen, Bd.I (Strafrecht), 1915
- Bindokat, JZ 1958, 553, Mehrerlei Unrecht
- Bode, DAR 1957, 173, Zur Rechtswidrigkeit im Verkehrsrecht
- Brodmann, AcP 99, 327, Über die Haftung für Fahrlässigkeit, insbesondere über die Haftung des Schiffers
- Brütt, Kunst der Rechtsanwendung. Zugleich ein Beitrag zur Methodenlehre der Geisteswissenschaften, 1907
- Dölle, Verh.d. 34. DJT I, 98, Gutachten über die Frage: Empfiehlt es sich, im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern ?
- zu Dohna, ZStW 27, 327, Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen
- Dunz, NJW 1960, 507, Das verkehrsrichtige Verhalten
- Engisch, Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit, 1930
- Enneccerus-Lehmann, Recht der Schuldverhältnisse, 14. Bearb., 1954
- Enneccerus-Nipperdey, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts, 14. Aufl., 1. Halbbd., 1952; 2. Halbbd., 1955
- Esser, Lehrbuch des Schuldrechts, 2. Aufl., 1960
- Esser, AcP 148, 121, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts

- Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 1956
- Exner, Wesen der Fahrlässigkeit, Eine strafrechtliche Untersuchung, 1910
- v.Ferneke, Die Rechtswidrigkeit. Eine Untersuchung zu den allgemeinen Lehren des Strafrechts, I. Bd. (Der Begriff der Rechtswidrigkeit), 1903
- H. A. Fischer, Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts, 1911
- Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst Einführungsgesetz, 18. Aufl., 1931
- Gallas, ZStW 58, 1, Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen
- J. Goldschmidt, Verh. d. 34. DJT II, 426, Gutachten über die Frage: Empfiehlt es sich, im Zusammenhang mit der kommenden Strafrechtsreform die Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Schuldfähigkeit, Schuld und Ausschluß der Rechtswidrigkeit zu ändern ?
- Haase, NJW 1957, 1315 (Anm. zur Entscheidung des GrZS des BGH vom 4.3.1957)
- Hauß, LM Nr. 2 zu § 831 (E) BGB (Anm. zur Entscheidung des GrZS des BGH vom 4.3.1957)
- Heck, Grundriß des Schuldrechts, 1929
- H. Henkel, Festschrift für Mezger I, 238, Zumutbarkeit und Unzumutbarkeit als regulatives Rechtsprinzip
- R. v. Hippel, Deutsches Strafrecht, Bd. I, Allgemeine Grundlagen, 1924; Bd. II, Das Verbrechen, 1930
- Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Bd. II, 5. Aufl., 1930
- v. Jhering, Schuldmoment im römischen Privatrecht, 1867
- Kaufmann, Armin, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954
- Katzenstein, MDR 1952, 193, Die Entschädigungspflicht des Staates aus rechtswidrig-schuldloser Ausübung öffentlicher Gewalt
- Kern, ZStW 64, 255, Grade der Rechtswidrigkeit
- Klausing, ZAkDR 1939, 538, (Anm. zu RGZ 159, 129)
- Kohlrausch-Lange, Kommentar zum StGB, 41. Aufl., 1956
- Kommentar zum BGB, früher Reichsgerichtsrätekomentar, jetzt herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofs, 10. Aufl., 1952
- Leipziger Kommentar zum StGB, bearb. von Nagler, Mezger, Jagusch, 7. Aufl., 1953/54
- Leonhard, Fahrlässigkeit und Unfähigkeit. Festgabe für Enneccerus, 1913
- Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, 1929; Besonderes Schuldrecht, 1931

- Liszt-Schmidt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 26. Aufl., 1932
- Litten, JherJb. 49, 419, Beiträge zur Lehre von der Schadenszurechnung nach römischem und bürgerlichem Recht
- Maurach, Schuld und Verantwortung im Strafrecht, 1948
- Maurach, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2. Aufl., 1958
- May, NJW 1958, 1262, Das verkehrsrichtige Verhalten als Rechtfertigungsgrund
- Mezger, Strafrecht. Ein Lehrbuch, 3. Aufl., 1949
- Mezger, Strafrecht I. Allgemeiner Teil. Ein Studienbuch, 7. Aufl., 1957
- Nagler, Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Festschrift für Karl Binding, Bd. II, 273, 1911
- Niese, JZ 1956, 457, Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht
- Niese, Streik und Strafrecht, 1954
- Niese, Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit (Recht und Staat, Heft 156/157), 1951
- Nipperdey, Grundfragen der Reform des Schadensersatzrechts, ArbBerAkDR 1940, 40
- Nipperdey, Rechtsgutachten über den Zeitungsstreik vom 27.-29.5.1952. Schriftenreihe der Bundesvereinigung der Deutschen Arbeitgeberverbände, Heft 9, 1953
- Nipperdey, NJW 1957, 1777, Rechtswidrigkeit, Sozialadäquanz, Fahrlässigkeit, Schuld im Zivilrecht
- Oertmann, Kommentar zum BGB und seinen Nebengesetzen, 2. Buch, Recht der Schuldverhältnisse, I. Abt., 5. Aufl., 1928
- Palandt, Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz, 18. Aufl., 1959
- Planck, Kommentar zum BGB nebst Einführungsgesetz, Bd. I, 4. Aufl., 1913; Bd. II, 1 (Schuldverhältnisse Allgemeiner Teil), 1914; Bd. II, 2 (Schuldverhältnisse Besonderer Teil), 1928
- Pleyer, AcP 156, 291, Die Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Eigentum
- Quade, DRiZ 1957, 129, Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens
- Richter, NJW 1958, 1171, Schuld im Zivilrecht
- Schack, JZ 1956, 425, Der für den Aufopferungsanspruch neben der Enteignungsentschädigung verbleibende Raum
- Schack, Verh. d. 41. DJT, 1, Empfiehlt es sich, die verschiedenen Pflichten des Staates zur Entschädigungsleistung aus der Wahrnehmung von Hoheitsrechten nach Grund, Inhalt und Geltendmachung gesetzlich neu zu regeln?

- E. Schmidt, Der Arzt im Strafrecht. Leipziger rechtswissenschaftliche Studien, Heft 116, 1939
- R. Schmidt, NJW 1958, 488, Praktisch wichtige Auswirkungen der neuen Schuldtheorie im Zivilrecht
- Schönke-Schröder, Kommentar zum StGB, begründet von A. Schönke, 8. Aufl., 1957
- Sieg, JZ 1956, 178, Anm. zum Urteil des BGH vom 17.10.1955 (= JZ 1956, 177)
- Soergel, Kommentar zum BGB, 8. Aufl., 1952
- Spendel, Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie für die Handlungsdelikte, 1948
- v. Staudinger, Kommentar zum BGB, 11. Aufl., seit 1955 (noch nicht abgeschlossen)
- Stoll, JZ 1958, 137, Zum Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens
- Stratenwerth, Das rechtstheoretische Problem der Natur der Sache (Recht und Staat, Heft 204), 1957
- Wahl, ArbBerAkDR Nr. 14, 1940, Das Verschuldensprinzip im künftigen Schadensersatzrecht
- v. Weber, Grundriß des Deutschen Strafrechts, 2. Aufl., 1948
- Welzel, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, 1935
- Welzel, ZStW 51, 703, Kausalität und Handlung
- Welzel, ZStW 58, 491, Studien zum System des Strafrechts
- Welzel, Das neue Bild des Strafrechtssystems. Eine Einführung in die finale Handlungslehre, 3. Aufl., 1957
- Welzel, Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen. Systematische Darstellung, 6. Aufl., 1958
- Wieacker, JZ 1957, 535, Rechtswidrigkeit und Fahrlässigkeit im bürgerlichen Recht
- Wussow, NJW 1958, 891, Zur Lehre von der Sozialadäquanz
- Zippelius, NJW 1957, 1707, Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht
- Zippelius, AcP 157, 390, Die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg
- Zitelmann, AcP 99, 1, Ausschluß der Widerrechtlichkeit

§ I. ANLASS DER UNTERSUCHUNG UND FRAGESTELLUNG

1. Der Beschluß des Großen Zivilsenats vom 4.3.1957

Durch den Beschluß des Großen Zivilsenats des BGH vom 4.3.1957 (1) sind die Schwierigkeiten, dem Handlungsunwert auch im Zivilrecht gesondert Rechnung zu tragen, für die zivilistische Dogmatik voll sichtbar geworden.

Der VI. Zivilsenat hatte folgende Rechtsfrage dem Großen Zivilsenat zur Entscheidung vorgelegt:

"Fügt ein Verrichtungsgehilfe im Straßen- oder Eisenbahnverkehr einem anderen im Sinne von § 831 BGB schon dadurch widerrechtlich Schaden zu, daß er dessen Leben, Körper, Gesundheit oder Eigentum verletzt? Oder ist zur Begründung der Widerrechtlichkeit weiter Voraussetzung, daß sich der angestellte Verkehrsteilnehmer im Verkehr objektiv ordnungswidrig (verkehrswidrig) verhalten hat?"

Der Große Zivilsenat antwortete:

"Es geht nicht an, ein Verkehrsverhalten, das den Ge- und Verboten der Verkehrsordnung voll Rechnung trägt, trotzdem mit dem negativen Werturteil der Rechtswidrigkeit zu versehen. Hierfür gibt der eingetretene Erfolg keinen ausreichenden Grund her, da das Urteil der Rechtswidrigkeit i. S. der Bestimmungen des BGB über unerlaubte Handlungen die zum Erfolg führende Handlung nicht unberücksichtigt lassen kann. Es ist vielmehr der Satz aufzustellen, daß bei verkehrsrichtigem (ordnungsgemäßem) Verhalten eines Teilnehmers am Straßen- oder Eisenbahnverkehr eine rechtswidrige Schädigung nicht vorliegt."

Der BGH meint also, jemand, der im Straßenverkehr unvorsätzlich fremde Rechtsgüter verletze, brauche deswegen noch nicht rechtswidrig gehandelt zu haben. Nicht allein der tatbestandsmäßige Erfolg begründe die Rechtswidrigkeit der Handlung. Ein für einen tatbestandsmäßigen Schaden kausales Verkehrsverhalten könne unabhängig von den bekannten Rechtfertigungsgründen auch dann rechtmäßig sein, wenn der Schädiger sich ordnungsgemäß verhalten habe: Anerkennung des "Rechtfertigungsgrundes des verkehrsrichtigen Verhaltens".

(1) BGHZ 24, 21 ff = NJW 57, 785 = JZ 57, 543 = DAR 57, 184.

Man mag zweifeln, ob es sich hier in der Tat um ein Rechtfertigungsproblem handelt. Nahe liegt auch die Vorstellung, daß die unvorsätzliche Verletzung fremder geschützter Rechtsgüter durch verkehrsrichtiges, d.h. die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beachtendes (2) Verhalten überhaupt kein typisches Unrecht begründet, so daß für eine Rechtfertigung kein Raum mehr bleibt: Anerkennung der positiven Rechtswidrigkeitsvoraussetzung des verkehrs-unrichtigen Verhaltens. Hier ist also die Rechtswidrigkeit von vornherein ausgeschlossen, weil es an einem Verstoß gegen objektive Sorgfaltsforderungen fehlt. Diesen Weg geht die neuere strafrechtliche Dogmatik.

2. Die unterschiedliche Behandlung des verkehrsrichtigen Verhaltens im Straf- und Zivilrecht

Im Strafrecht wurde zuerst die Auffassung vertreten, daß der gesetzliche Fahrlässigkeitsbegriff (§ 276 Abs. 1, S. 2 BGB) nicht nur Elemente der Schuld, sondern auch solche der Rechtswidrigkeit umfasse. Die Verletzung der objektiven Sorgfaltsanforderungen gehört nach dieser im Vordringen begriffenen Lehre zur Feststellung der Rechtswidrigkeit einer unvorsätzlichen Rechtsgüterverletzung. Die dann verbleibende spezifische Frage des Verschuldens geht dahin, ob der Täter auch persönlich in der Lage war, ein solches Maß an normativer Sorgfalt aufzubringen. Die fahrlässige Verwirklichung des objektiven Tatbestandes indiziert mithin im Gegensatz zu entsprechenden vorsätzlichen Rechtsgüterverletzungen nicht die Rechtswidrigkeit. Diese hängt vielmehr davon ab, ob positiv festgestellt werden kann, daß der Täter die allgemeinen Sorgfaltspflichten außer acht gelassen hat. Die objektive Pflichtwidrigkeit des Täterhandelns wird demnach als positive Rechtswidrigkeitsvoraussetzung erkannt (3).

Die enge Anlehnung des Vorlagebeschlusses an diese für das Strafrecht entwickelten Gedankengänge ist offensichtlich. Auch die BGH-Entscheidung hat sachlich gewiß hier ihren Ausgangspunkt. Der Große Zivilsenat läßt es jedoch ausdrücklich dahinstehen, ob mit Hilfe der neueren strafrechtlichen Dogmatik dasselbe Ergebnis erzielt wird wie mit der von ihm bevorzugten Konstruktion des verkehrsrichtigen Verhaltens als Rechtfertigungsgrund. Er begründet sein

(2) Nipperdey, aaO 1780, 1781.

(3) Henkel, Festschrift für Mezger, 249, 282 f.; Kern, ZStW 64, 262; Niese, Streik u. Strafr. S. 30; ders., JZ 56, 460; Welzel, Strafr., aaO 112; ders., Das neue Bild, aaO 31 ff.

Ausweichen mit der Beschränkung der Fragestellung auf das Verkehrsrecht (4). Die Sorge, sich nicht über die Notwendigkeit des Einzelfalles hinaus auf dogmatisches Neuland zu wagen, ist verständlich, rechtfertigt aber diese Zurückhaltung nicht. Alternativprobleme können nur dann offen gelassen werden, wenn beide Lösungswege zum gleichen Ergebnis führen. Das ist aber nicht einmal im Verkehrsrecht so. Allgemein macht es - wie u. Ziff. 3 zu zeigen sein wird - bei der Beweislastverteilung ein Unterschied, ob das verkehrsunrichtige Verhalten positive Voraussetzung der Rechtswidrigkeit oder Ausschlußgrund bestehender Rechtswidrigkeit ist.

Überdies erschweren natürlich die offengelassenen Probleme die Einordnung der Begriffe in das Zurechnungssystem. Es sei in diesem Zusammenhang auf das lebhafte Echo verwiesen, das der Beschluß des BGH in der Literatur gefunden hat (5).

Nach dem Gesagten könnte der Eindruck entstehen, als ob der BGH mit Rücksicht auf eine vorgestellte Äquivalenz beider Konstruktionswege mehr zufällig seine Entscheidung für die Nominierung eines neuen Rechtfertigungsgrundes getroffen habe. Er würde trügen. Es darf eben nicht übersehen werden, daß der BGH das strafrechtliche Ergebnis nur umgeformt, d. h. den Zwecken des Zivilrechts angepaßt, übernommen hat. Er hat keinen Zweifel darüber gelassen, daß er das verkehrswidrige Verhalten nicht als positive Voraussetzung der Rechtswidrigkeit, sondern das verkehrsrichtige als Rechtfertigungsgrund (Unrechtsausschließungsgrund) aufgefaßt haben will.

Dadurch ist es dem BGH gelungen, den zivilrechtlichen Deliktsaufbau, der bestimmte wichtige Funktionen zu erfüllen hat, unberührt zu lassen. Nach wie vor gilt im Zivilrecht die tatbestandsmäßige Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB aufgezählten Rechtsgüter als rechtswidrig; diese Indikation allein ist geeignet, die Rechtswidrigkeit der Tat abschließend zu begründen, wenn nicht ein spezieller Rechtfertigungsgrund, nunmehr auch das verkehrsrichtige Verhalten, zugunsten des Täters eingreift.

(4) aaO S. 26.

(5) Baumann, MDR 57, 646; Bettermann, NJW 57, 986; Bode, DAR 57, 173; Bindokat, JZ 58, 553; Dunz, NJW 60, 507; Haase, NJW 57, 1315; Hauß, Anm. zu BGH in LM Nr. 2 zu § 831 BGB; May, NJW 58, 1262; Nipperdey, NJW 57, 1777; Quade, DRiZ 57, 139; Richter, NJW 58, 1171; Schmidt, NJW 58, 488; Stoll, JZ 58, 137; Wieacker, JZ 57, 535; Wusow, NJW 58, 891; Zippelius, NJW 57, 1707; ders., AcP 157, 390.

Die Hintergründe dieser Umformung sind folgende:

Nach der strafrechtlichen Auffassung indiziert die unvorsätzliche Verletzung eines tatbestandlich geschützten Rechtsgutes nicht die Rechtswidrigkeit. Man spricht bei den Tatbeständen des Strafrechts mit fehlender Indikationswirkung gern von sog. "offenen Tatbeständen". Die Rechtswidrigkeit muß hier erst positiv durch ein weiteres Merkmal festgestellt werden, das in der Verletzung der generellen Verhaltensanforderungen liegt, oder anders ausgedrückt, ob der Täter die alle in gleicher Weise treffenden Sorgfaltsanforderungen mißachtet hat, ob der Erfolg generell vermeidbar war (6). Erst dann, wenn die Verletzung der allgemeinen Sorgfaltspflichten bejaht werden kann, steht die Rechtswidrigkeit der Tatbestandsverwirklichung fest - allerdings immer noch nicht endgültig. Ein spezieller Rechtsfertigungsgrund, der die durch die Sorgfaltspflichtverletzung begründete Rechtswidrigkeit wieder ausschließen könnte, ist auch bei unvorsätzlichen Verletzungen in demselben Umfang möglich wie bei vorsätzlicher. Näheres dazu u. § VI.

Anders ist die Konstruktion nach der Ansicht des BGH im Zivilrecht. Die deliktische Schadenszurechnung wurde bisher durch die allgemein anerkannte Indikationswirkung der Tatbestandsverwirklichung (7) (Ausnahme: § 826 BGB) für die Rechtswidrigkeit der Schädigung erleichtert; die Annahme der Tatbestandsmäßigkeit enthob den Richter der positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit. Auch bei einer unvorsätzlichen Rechtsgutverletzung wurde allein durch die Erfüllung des objektiven Tatbestandes die Rechtswidrigkeit indiziert. Diese Ergebnisse suchte der BGH aufrecht zu erhalten. Es bedarf nunmehr auch weiterhin nicht der positiven Feststellung der Rechtswidrigkeit mit Hilfe eines

-
- (6) Man sollte eigentlich meinen, daß diese Prüfung überflüssig ist. Denn die Tatsache, daß der Täter den Erfolg vermeiden soll, ergibt sich ja gerade aus der übertretenen Norm, die zur Hintanhaltung derartiger Erfolge aufgestellt ist. Da man nicht annehmen möchte, daß der Gesetzgeber unerfüllbare Gebote erlassen, sondern nur das "ethische Minimum" normiert hat, dürfte an sich jeder Erfolg, der vermieden werden soll, auch generell vermeidbar sein. Es gibt jedoch Fälle, in denen diese Feststellung von Bedeutung ist, nämlich dann, wenn eine sog. sozialadäquate Verletzung oder Gefährdung vorliegt. Bei typischer sozialadäquater Verletzung oder Gefährdung besteht zwar auch eine Norm zur Vermeidung derartiger Erfolge. Dieses Gebot ist aber durch die technische, gesellschaftliche usw. Entwicklung derartig ausgehöhlt, daß seine Übertretung nicht mehr als generell vermeidbar erscheint. Näheres u. § IV, 2 und 3.
- (7) Vgl. Mot. II, 726.

weiteren objektiven Zurechnungskriteriums. Umgekehrt hat sich vielmehr die Möglichkeit erhöht, die schlechthin rechtswidrige Tat nachträglich dadurch zu rechtfertigen, daß man die Verkehrsrichtigkeit des Täterhandelns darlegt und notfalls beweist. Damit bleibt es trotz einer Hinwendung zum Handlungs-unwert bei den bisherigen Grundsätzen des erfolgsbezogenen Unrechts. Beide Prinzipien werden - wie es scheint - sinnvoll miteinander verbunden. Hieraus folgt auch die Beweislastverteilung bezüglich des verkehrsrichtigen Verhaltens.

3. Die Beweislastverteilung

Der vorliegende VI. Zivilsenat hatte offenbar in dem vom Großen Zivilsenat entschiedenen Fall die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB wegen fehlenden Nachweises des verkehrswidrigen Verhaltens des Gehilfen verneinen wollen. Der Große Senat enttäuschte diese Erwartungen dadurch, daß er einen neuen Rechtfertigungsgrund konzipierte und dementsprechend die Frage der Beweislast wie bei den anderen Rechtfertigungsgründen löste. Vorbehaltlich des prima-facie Beweises bürdet der BGH dem Geschädigten den Beweis für die Rechtsgutverletzung auf und gibt dem Einstandspflichtigen (Geschäftsherrn) die Möglichkeit, das verkehrsrichtige Verhalten des Gehilfen zu beweisen und sich dadurch zu entlasten (8).

Grundsätzlich hat der Kläger anspruchsbegründende, der Beklagte anspruchvernichtende und anspruchshindernde Tatsachen zu behaupten und gegebenenfalls zu beweisen. Hätte also, wie es dem vorlegenden VI. Senat vorschwebte, der Große Zivilsenat das verkehrswidrige Verhalten als positive Rechtswidrigkeitsvoraussetzung aufgefaßt, so wäre es natürlich gewesen, dem Geschädigten auch noch die Beweislast für die Verkehrswidrigkeit des Schädigerverhaltens aufzuerlegen. Das hätte eine weitere Besserstellung des Geschäftsherrn bedeutet, der ohnehin schon durch den ihm möglichen Exculpationsbeweis (§ 831 Abs. 1, S. 2 BGB) hinreichend privilegiert ist. Dazu sah der BGH keinen Anlaß. Zwar erkennt er die Bedeutung der Handlung für das Urteil der Rechtswidrigkeit grundsätzlich an; andererseits geht er aber nicht soweit, den Unwert der Handlung als ein vom Geschädigten zu beweisendes Merkmal der Rechtswidrigkeit anzuse-

(8) Vgl. Wieacker, JZ 57, 537: "Der Lockerung der Haftung des Geschäftsherrn ist also keine Erschwerung der Beweislast des Geschädigten gefolgt; sicher mit vollem Recht."

hen. Vielmehr ist ausgehend von den kasuistischen Tatbeständen des § 823 Abs. 1 BGB - trotz Anerkennung des Handlungsunwerts - durch die Verletzung eines absolut geschützten Rechtsgutes die Rechtswidrigkeit bereits vorgegeben (indiziert), da die Verletzung genau abgrenzbarer absoluter Rechtsgüter das Urteil der Rechtswidrigkeit allgemein nahelegt (9). Daß bei derartigen unvorsätzlichen Rechtsgutverletzungen im Strafrecht von offenen Tatbeständen - also solchen ohne Indikationswirkung - gesprochen wird, zeigt, daß der Rechtswidrigkeitsbegriff im Zivilrecht mehr vom Erfolg her bestimmt ist. Ob eine solche Indikationswirkung jedoch bei Verletzung aller absoluten Rechte eintritt, deren Kreis durch Anerkennung des schwer faßbaren allgemeinen Persönlichkeitsrechts als erweitert angesehen werden muß, ist zu bezweifeln (10). Näheres u. § IV, 2.

4. Die materielle Problematik der Entscheidung

Trotz der vom BGH vorgenommenen Umformung des Handlungsunwerts für die Zwecke des Zivilrechts steht fest, daß mit dem bisher unangefochtenen erfolgsbetonten Rechtswidrigkeitsbegriff, der dem BGB zugrunde liegt, gebrochen worden ist. Die Folgen dieser Entscheidung für Rechtswidrigkeit und Schuld, so insbesondere die Vereinbarkeit handlungsbezogenen Unrechts mit der auf Erfolgsunrecht abgestellten Konzeption des Zivilrechts (dazu u. § IV) und mit dem objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab (dazu u. § VIII), sollen untersucht werden.

Der BGH schenkt allerdings der zum Erfolg führenden Handlung bisher nur dann Beachtung, wenn es sich um ein schadenstiftendes Ereignis im Straßenverkehrsrecht handelt. Diese Einschränkung liegt deswegen nahe, weil auf keinem anderen Gebiet des Lebens eine so lückenlose gesetzliche Regelung der Verhaltensanforderungen erfolgt ist. Dennoch ist eine Anerkennung des Handlungsunwerts allein für das Verkehrsrecht nicht möglich. Die Verhaltenspflichten bei anderen gefährlichen Tätigkeiten lassen sich ebenfalls ziemlich genau und vollständig aus Berufspflichten und Berufsgewohnheiten ableiten (11). Außerdem wird ohnehin neben solchen Pflichten und Gewohnheiten, oder wenn solche nicht

(9) Vgl. Mot. II, 726.

(10) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, aaO, 583; Niese, Streik und Strafrecht, aaO, 28/29.

(11) Vgl. z. B. die umfangreiche Rechtsprechung zum Arztrecht.

feststellbar sind, ausschließlich darauf zurückgegriffen, wie ein gutorientierter Durchschnittsmensch sich in dieser Lage hätte verhalten sollen, um niemand zu verletzen oder zu gefährden. Dieser Maßstab ist aber der des § 276 Abs. 1, S. 2 BGB.

Auch der BGH (12) hat diese Übereinstimmung erkannt. Er spricht ausdrücklich davon, "daß die nämliche Frage des verkehrsrichtigen Verhaltens auf dem Gebiete der Rechtswidrigkeit und auf dem Gebiete der Schuld Bedeutung gewinnen kann". Das sei bedingt durch Fassung und rechtliche Einordnung des Fahrlässigkeitsbegriffs, wie sie dem BGB zugrunde liegen (13). Näheres dazu u. § VIII.

Es kommt in der Tat weniger auf eine bis ins einzelne gehende gesetzliche Regelung der Verhaltensanforderungen an als vielmehr auf die Konkretisierung des Gebotes des "neminem laedere" durch die Rechtsprechung. Die Ausfüllung dieses Maßstabs ist in allen Fällen möglich, wenn auch nicht so regelgebunden wie im Straßenverkehrsrecht. Eine Anerkennung des Handlungsunwerts auf anderen Gebieten gefährlicher Tätigkeiten wäre daher nur folgerichtig, da ähnliche Lebenssachverhalte ähnliche Grundsatzanwendung erfordern (14). Auch darüber hinaus wäre eine Anerkennung des Handlungsunwerts für das gesamte Schadensersatzrecht eine notwendige Auswirkung, falls sich der Unrechtsbegriff nur allgemein für das ganze Gebiet der Schadensordnung bestimmen läßt (15).

§ II. GEGENSTAND DES RECHTSWIDRIGKEITSURTEILS

1. Die Werttheorie

Da bei den Erörterungen die Begriffe des Handlungs- und Erfolgsunwerts eine wesentliche Rolle spielen, ist zunächst eine Erläuterung ihres Inhalts erforderlich.

Ausgehen ist vom Begriff der Rechtswidrigkeit. Zahlreiche Definitionen be-

(12) aaO, 28.

(13) Baumann, MDR 57, 648, spricht mit Recht von einem gewissen Unbehagen des BGH.

(14) Vgl. Stoll, aaO, 139; Nipperdey, NJW 57, 1779.

(15) So freilich Stoll, aaO, 139.

mühen sich seit langem darum, diesem Begriff eine Form zu geben, die allen Anforderungen gerecht wird. Es ist weder möglich noch nötig, alle derartigen Versuche hier darzustellen; nur die weitesttragenden und für unsere Untersuchung wichtigsten werden herausgegriffen.

Die Werttheorie geht von der Erkenntnis aus, daß es Unrecht ohne Pflichtwidrigkeit des Handelns, ja ohne Handlung im Rechtssinne gibt. Zumindest im Zivilrecht sei es unvermeidbar, auch Zustände, die von der Pflichtwidrigkeit menschlichen Handelns unabhängig sind, als unrechtmäßig zu bewerten (16).

Abgesehen von der logischen Priorität der Bewertungsnormen gegenüber den Bestimmungsnormen, die sich als Gebot an die Rechtsgenossen darstellen, ein durch die Bewertungsnormen zunächst als absolut oder relativ schutzwürdig anerkanntes Gut zu respektieren, muß sich aus praktischen Erwägungen gerade das Zivilrecht weitgehend von der Beurteilung der Handlungsgegebenheiten lösen. Nur so kann es seine Aufgabe als "iustitia distributiva" und überhaupt als Korrekturordnung unberechtigter Ergebnisse erfüllen. Seine Funktion ist es, einen gerechten Schadens- und Bereicherungsausgleich herbeizuführen, also alle rechtlich untragbaren Folgen menschlichen Tuns oder anderen Geschehens zu korrigieren.

Beachtung verdient die Ausgestaltung der Werttheorie bei Binding. Danach ist "die begriffliche Voraussetzung jedes Normenerlasses und zugleich ihr einziges Motiv ein Urteil über rechtliche Unerträglichkeit bestimmter Handlungen oder Unterlassungen" (17). Binding geht sogar noch weiter. Er sieht gänzlich von menschlichem Verhalten ab und unterwirft alles, also jedes Ereignis, das einem (primär) positiv bewerteten Zustand zuwiderläuft (18) und ein Rechtsgut verletzt, einem negativen Werturteil. Die Verursachung eines solchen Zustandes ist, gleichgültig ob durch Menschen oder "blinde Naturwesen" herbeigeführt, "für die Rechtsordnung nicht nur von Unwert, sondern positiv störend" (19). Klarer sagt Welzel: "Ihre Werte sind zerstört, wenn dieser (sc. rechtlich geordnete) Zustand vernichtet ist, gleichgültig, auf welchem Ereignis dies beruht" (20).

(16) So Esser, Lehrb. aaO, 189; Nagler, Der heutige Stand, aaO, 319; vgl. auch Beling, Lehre vom Verbrechen, aaO, 170 ff; Mezger, Lehrb. aaO, 164 f; aA. Bienenfeld, aaO, 410 ff; Fischer, aaO, 107; Nipperdey, A. T. aaO, 916.

(17) Binding, Abhandlungen I, 137; vgl. auch Normen II, 155/156.

(18) Vgl. Kaufmann, aaO, 69.

(19) Binding, Normen II, 231 Anm. 8.

(20) Naturalismus, aaO, 85.

Vermutlich wegen des aggressiven Charakters des Terminus Rechtswidrigkeit schlägt Binding für dieses Werturteil, das Zustände schlechthin betrifft, den Ausdruck "Rechtsordnungswidrigkeit" vor (21). Ähnliche Motive mögen, wenn auch unausgesprochen, den Gesetzgeber des BGB veranlaßt haben, für die Kennzeichnung einer ausgleichspflichtigen Bereicherung den Begriff "ungerechtfertigt" statt des sonst gebräuchlichen "widerrechtlich" oder "rechtswidrig" zu gebrauchen. Denn die in § 812 BGB anerkannte Eingriffskondiktion erfaßt auch solche Fälle, in denen die Bereicherung überhaupt nicht durch menschliches Verhalten eingetreten ist (z.B. Landzuwachs durch Anschwemmung).

Selbst das Strafrecht, das sich primär an den Täter richtet und dessen Handlung wägt, kann in einigen Fällen nicht von der Bewertung von Zuständen absehen. So muß es z.B. in den Tatbeständen der §§ 242, 263 StGB neben der Handlung auch den Erfolg als unrechtmäßig kennzeichnen (22).

Der Versuch, bei § 263 StGB die Rechtswidrigkeit des Vermögensvorteils an der Art seiner Erlangung - also nicht erfolgsunwertbetont, sondern handlungsunwertbetont - zu orientieren (23), kann keinen Erfolg haben, da dem Vorteil beim Täter ein Schaden beim Opfer entsprechen muß. Letzteres ist aber nicht immer dann gegeben, wenn die Erlangung des Vorteils sittenwidrig ist oder sich sonst im Gegensatz zu den Vorschriften des bürgerlichen Rechts vollzieht. Man denke an den Fall, daß ein Gläubiger die ihm zustehende Forderung mit täuschenden Mitteln eintreibt (24).

Um zugleich die Bewertung menschlichen Verhaltens - das eigentliche Anliegen des Strafrechts -, als auch die Bewertung von Zuständen mittels nur einer Formel zu ermöglichen, bezeichnet eine strafrechtliche Theorie (25) allgemein "das" als rechtswidrig, worauf kein Anrecht besteht. Darin liegt aber schon der Bruch mit der Werttheorie. Denn die Vornahme einer Handlung ist

(21) Binding, Normen II, 231 Anm.8.

(22) Gegen eine solche Terminologie freilich Bienenfeld, aaO, 410, der die Bezeichnung eines Erfolges als rechtswidrig nur dann für sinnreich hält, wenn sie zur Unterscheidung dieser rechtswidrig relevanten Erfolge von rechtmäßigen dienlich wäre; Näheres über die Bedeutung einer solchen Unterscheidung u. Ziff. 3 und u. § V.

(23) Welzel, Strafrecht, aaO, 306.

(24) Vgl. hierzu RGSt 64, 344.

(25) Vgl. RGSt 5, 352; 26, 354; 44, 203; 57, 370.

nur dann etwas, worauf man keinen Anspruch hat, wenn diese Verhaltensausübung verboten ist. Das Verbotensein einer Handlung kann aber ebenso wie die Pflicht zur Duldung oder Hinnahme einer Handlung, nach der eine andere Auffassung (26) die Rechtswidrigkeit abgrenzt, nur nach den von der Rechtsordnung oder traditionsgebundenen Sozialordnung vorgegebenen Bestimmungsnormen festgestellt werden. Das ist aber der Kern der sog. Imperativtheorie.

2. Die Imperativtheorie

bezeichnet das als rechtswidrig, was den Geboten und Verboten der Rechtsordnung zuwiderläuft.

Diese Ansicht geht auf die Normentheorie Bindings zurück (27), die die Frage nach den rechtlichen Geboten, die hinter den Tatbeständen stehen, und nach ihrer Übertretung aufgeworfen hat. Seitdem hat man nicht nur in der Strafrechtswissenschaft die Verletzung dieser Gebote als Kriterium der Rechtswidrigkeit verstanden und auf dieser Grundlage den Unrechtsbegriff in das Deliktsrecht eingebaut (28) (29).

Wenn die dem positiven Recht vorgelagerten Normen die Gebote und Verbote unserer Rechtsordnung sind, so kann rechtswidrig nur ein Vorgang sein, womit ein Normadressat gegen sie verstoßen kann: sein Verhalten. Auf alle anderen einen Erfolg verursachenden Faktoren können die Normen, die auf die Willensbildung des Menschen einwirken sollen, keinen Einfluß haben. Es kann nicht schlechthin verboten werden, daß ein Haus abbrennt oder der Tod eines Menschen verursacht wird. Nicht der Brand, sondern nur das Anzünden, nicht der

-
- (26) Frank, StGB, aaO, § 53, I, 2, b; Mezger, Kurzlehrb. I, aaO, 115; Liszt-Schmidt, Strafrecht I, aaO, 195, Anm. 5; Schönke-Schröder, StGB, aaO, § 53, II, 2; LK, aaO, § 53, 2, f.
- (27) Binding hat freilich neben der Normentheorie, die sich im wesentlichen mit den Bestimmungsnormen befaßt, auch eine Bewertungstheorie entwickelt; vgl. Normen IV, 363 und daselbst Anm. 19. Vgl. dazu Kaufmann, aaO, 67 und oben Ziff. 1.
- (28) Frank, aaO, I; Kohlrausch-Lange, StGB, aaO, 12; Liszt-Schmidt, aaO, 176.
- (29) Zu beachten ist, daß es sich hier um objektive Gebote und nicht um aktuelle Bewußtseinsinhalte, um psychische Motive i. S. der subjektiven Unrechtslehre v. Ferneks handelt. Vgl. v. Fernek, I, aaO, 12, 98, 281, 374.

Tod, sondern nur das Töten kann verboten werden, mithin nur eine finale menschliche Tätigkeit oder wenigstens ein pflichtwidriges Zurückbleiben hinter den Geboten, die zum Schutz dieser Rechtsgüter bestehen. Denn alle Normen haben keinen Einfluß auf einen Naturvorgang, der ein Haus entzündet oder Menschen verletzt oder tötet; und niemand wird annehmen, daß auf diese Erfolge oder die Art ihrer Verursachung ein prophylaktischer Einfluß ausgeübt werden kann.

Aber auch aus einem anderen Grund kann nicht schlechthin ein unerwünschter Erfolg diskriminiert werden. Bei den komplexen Rechtsgütern, die Kennzeichen einer höher entwickelten Rechtsordnung sind, wie z. B. Vermögen, Ehre, Freiheit der Willensbildung usf., ist es nicht möglich, ein Verbot etwa des Inhalts aufzustellen, daß jede (ungerechtfertigte) Bereicherung verboten ist. Denn hier ist es gerade die Handlung mit ihren charakteristischen Merkmalen und Motiven, die es ermöglicht, eine erlaubte Bereicherung von einer unerlaubten zu scheiden. Selbst eine Anordnung wie: Verboten ist jedes Verhalten, das eine Bedingung für einen Vermögens- oder Körperschaden oder für die Beeinträchtigung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts eines anderen setzt, wäre wenig sinnvoll, da niemandem eine solche Norm im Zeitpunkt seines vielleicht völlig neutralen Tuns als Richtschnur dienen könnte. "Die Ruhe und Ordnung, die ein solches Verbot hergestellt hätte, wäre die eines Friedhofs. Auch jede sozial wertvolle Aktivität wäre abgedrosselt." (30)

Schließlich kann die Imperativtheorie am Beispiel des unechten Unterlassungsdelikts deutlich machen, daß nur menschliches Verhalten bewertet werden kann, also rechtswidrig im Sinne dieser Theorie ist. Nicht jede Verursachung eines Erfolges durch Nichthandeln ist rechtswidrig, sondern nur die Verursachung eines Erfolges, den der Unterlassende aufgrund einer Einstandspflicht (Garantenstellung) abwenden sollte. Mithin prägt nicht der theoretisch allen Menschen vermeidbare Erfolg das Urteil der Rechtswidrigkeit; das Verhalten - hier das Unterlassen - ist deshalb rechtswidrig, weil es objektiven Geboten, die im konkreten Fall ein auf Erfolgsverhinderung gerichtetes Eingreifen bestimmter Personen verlangen, zuwiderläuft.

Die Erkenntnis, daß nur Willensbetätigungen und nicht bloße Kausalprozesse und Zustände verboten und geboten sein können, ist die logische Voraussetzung der Lehre vom personalen Unrecht (31). Wollte man auf der Werterkenntnis

(30) Maurach, A.T. aaO, 176.

(31) Vgl. hierzu insbes. Welzel, ZStW 51, 718 ff; ders., ZStW 58, 504 ff; ders., Das neue Bild, aaO, 23 ff.

eines Rechtsgutes unmittelbar eine Rechtsfolge aufbauen, so ließe man die Handlung als wichtiges Glied bei der Erfassung der Rechtswidrigkeit außer Betracht. Das könnte eine schwer begrenzbare Haftung für jede Verletzung oder Gefährdung dieses Rechtsgutes zur Folge haben. Diesen Fehler hat das Strafrecht beim Aufbau seiner Tatbestände bewußt vermieden. Es hat vielmehr die zum Erfolg führende Handlung mit all ihren Modalitäten und Motiven aufs genaueste umschrieben, so daß der Erfolg oft nur einen allgemeinen Orientierungsgesichtspunkt für die Handlungsrichtung darstellt. Es ist das Verdienst der Lehre vom Handlungsunwert, erkannt zu haben, daß das Unrecht einer Tat nicht allein vom Erfolg her bestimmt werden kann, sondern daß auch daneben die Handlung Merkmale enthält, die zur Mißbilligung der Tat beitragen können. Die Rechtswidrigkeit der Handlung kann nicht rückwirkend vom Erfolg her festgestellt werden, sondern unterliegt eigenen Wertungsgesichtspunkten. Das kann zur Folge haben, daß trotz Eintritts eines tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Erfolgs die diesen Erfolg verursachende Handlung nicht unwertig (rechtswidrig) zu sein braucht. Das ist z. B. nach der oben dargelegten Ansicht des BGH im Verkehrsrecht dann der Fall, wenn der Erfolg ungewollt und ohne Verletzung einer Sorgfaltspflicht eingetreten ist. Da aber Handlung und Erfolg durchaus nicht von gleicher Unrechtsqualität zu sein brauchen (32), erscheint es erforderlich, sowohl die Imperativtheorie - zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit der Handlung - als auch die Werttheorie - zur Bestimmung der Rechtswidrigkeit des Erfolges - heranzuziehen.

3. Handlungsbegriff und Notwendigkeit einer getrennten Bewertung von Handlung und Erfolg

Die wohl notwendige Doppelbewertung wirft die Frage auf, worüber das Urteil der Rechtswidrigkeit gesprochen wird: Nur über die Handlung, nur über den Erfolg oder über beides zusammen?

Die sog. kausalen Handlungstheorien müssen hier zwangsläufig im Sinne eines "sowohl als auch" entscheiden, da allen diesen Theorien ein Handlungsbe-
griff eigen ist, der Handlung im ontologischen Sinn und Erfolg als Einheit versteht und diesen Komplex als Handlung im Rechtssinn bezeichnet. Die Formulierung des kausalen Handlungsbegriffs: Handlung ist die Veränderung der so-

(32) Vgl. u. Ziff. 3 und u. § V.

zialen Außenwelt durch willkürliches Verhalten (33), ist daher von ihrem Ausgangspunkt folgerichtig nicht in der Lage, teils über die Handlung im ontologischen Sinne, teils über den Erfolg das Urteil der Rechtswidrigkeit zu sprechen. Hierzu ist nur eine solche Theorie fähig, die den Erfolg als außerhalb der Handlung liegendes Merkmal auffaßt (34).

Im Zivilrecht fehlt bedauerlicherweise - abgesehen von der begrenzten Auseinandersetzung mit dem Finalismus (35) - ein derartiger Meinungsstreit. Die Handlung wird hier allgemein im Sinne des kausalen Handlungsbegriffs verstanden. Es besteht jedoch - wie noch zu zeigen ist - ein Bedürfnis für die Ausklammerung des Erfolges aus dem Begriff der Handlung. Es wird daher im folgenden die bloße Willensbetätigung als Handlung bezeichnet.

In zahlreichen Fällen ist es erforderlich, Handlung und Erfolg einer gesonderten Rechtswidrigkeitsprüfung zugänglich zu machen. Das bedeutet mithin die Aufgabe der kausalen Betrachtungsweise, die hierzuo nicht in der Lage ist. Denn gerade im Zivilrecht wird häufig der Erfolg ohne Rücksicht auf das Unrecht der ihn herbeiführenden Handlung mit Ausgleichspflichten belegt. Wie sollte man aber einen Zustand, der einen Ausgleich erfordert, also rechtlich mißbilligt ist, anders als rechtswidrig oder zumindest "rechtsordnungswidrig" bezeichnen? Gerade hier zeigt die Werttheorie ihre Bedeutung, denn sie ermöglicht es, auch Erfolge zu bewerten, die von der Pflichtwidrigkeit menschlichen Verhaltens unabhängig sind.

Hier erweist sich freilich auch die Normentheorie Bindings als zu eng. Bestimmungsnormen sind im Bereich des Unrechts entbehrlich. Das Erfolgsunrecht ergibt sich aus der Bewertung eines Ereignisses. Dieses Werturteil ist, wie oben Ziff. 1 gezeigt, der Norm vorgelagert. Das hat zur Folge, daß die Behandlung des Erfolgsunwerts ohne Rückgriff auf die Norm möglich ist, daß also die Norm bereits einen Erfolgsunwert voraussetzt, nicht aber umgekehrt. Entscheidende Bedeutung gewinnt die Normentheorie hingegen erst im Bereich der Schuld (36).

Eindrucksvolle Beispiele für die Doppelbewertung sind neben der Bereicherung

(33) Vgl. Liszt-Schmidt, aaO, 157; Mezger, Lehrb. aaO, 95; ders., Kurzlehrb. I, aaO, 49; Welzel, Strafr. aaO, 33 ff.

(34) Vgl. Maurach, A. T. aaO, 134, 150.

(35) Vgl. Nipperdey, A. T. aaO, 914 ff; dazu Niese, JZ 56, 457 ff.

(36) Vgl. Kaufmann, aaO, 291.

in sonstiger Weise durch Naturvorgänge die Bestimmung des § 904 BGB und andere Fälle der Eingriffshaftung. Soweit hier überhaupt gehandelt wird, bestehen an der Rechtmäßigkeit der Handlung keine Zweifel. Dennoch muß z. B. der Notstandstäter den eingetretenen wirtschaftlichen Schaden ausgleichen. Beide Elemente, also auch die Handlung, als rechtswidrig zu bezeichnen, ist nicht möglich, weil andernfalls die Abwehrbefugnis des durch den Notstandseingriff Betroffenen nicht auszuschließen wäre; beide Elemente, also auch den Erfolg, als rechtmäßig zu bezeichnen, ist aber wegen der den Täter gesetzlich treffenden Ausgleichspflicht ebenso undenkbar. Da die kausalen Handlungstheorien - wie gesagt - nur ein Einheitsurteil über Handlung im ontologischen Sinne und Erfolg kennen, können sie dieser Lage nicht gerecht werden; sie verstricken sich in all diesen Fällen in unlösbare Schwierigkeiten.

Näheres über die Notwendigkeit der Doppelbewertung und ihre Auswirkungen u. § V.

Die Maßstäbe zur Bestimmung des Unrecht einer Handlung ergeben sich grundsätzlich aus der Imperativtheorie, d.h. jede Handlung, oder genauer, jedes Verhalten, das im Widerspruch zu den Geboten und Verboten der Rechtsordnung steht, ist rechtswidrig.

Ihren plastischen, typischen Unrechtsgehalt erhalten Handlungen dabei teilweise erst durch spezielle subjektive Unrechtselemente, d.h. die Feststellung, ob ein Normverstoß vorliegt, ist vielfach nur bei Berücksichtigung dieser Merkmale möglich, also auf der Grundlage der Motive, der Handlungsmodalitäten usw. des Täters. Das gilt sowohl für vorsätzliche wie unvorsätzliche Erfolgsverursachungen, obwohl das bei der letzten Gruppe wenig einleuchtend erscheint. Näheres dazu u. § VI.

Die Werttheorie als solche gibt noch keinen Maßstab für die Bestimmung des Unrechts eines Zustandes, sondern bietet nur die Möglichkeit, ihn überhaupt einer isolierten Rechtswidrigkeitsbeurteilung zu unterziehen. Der Maßstab, nach dem die Rechtswidrigkeit eines Erfolges bestimmt werden kann, ist die gesetzgeberische Interessenwertung und die danach angeordnete Ausgleichspflicht.

A. Letztere knüpft bei Handlungsfolgen an zwei Prinzipien an. Sie besteht

- 1) Wenn die Handlung, die den Erfolg verursach., einen Normverstoß darstellt, also den Tatbestand einer unerlaubten Handlung oder einer Vertragsverletzung erfüllt, es sei denn, daß der Erfolg aus Gründen überwiegend

genden Allgemeininteresses sanktioniert ist (z.B. keine Deliktshaftung bei leicht fahrlässiger Eigentumsverletzung durch gutgläubigen Mobiliarerwerb nach §§ 932 ff BGB; Näheres u. § V).

- 2) Wenn die Handlung zwar rechtmäßig ist, aber nur deshalb, weil demjenigen, gegen den sie schadenbringend gerichtet ist, mit Rücksicht auf höher bewertete Interessen der ihm sonst zustehende Abwehranspruch entzogen ist. Näheres u. § V.

Zur letzten Gruppe gehören die Tatbestände der sog. Eingriffshaftung (§§ 867, 904, 917, 926, insbes. § 26 GewO). Aber auch gewisse öffentlichrechtliche Eingriffe des Staates in private Interessen (Enteignung, enteignungsgleiche Eingriffe), wie auch die Haftung für Eingriffe schlechthin im öffentlichen Interesse (Aufopferung - §§ 74, 75 Einl. ALR - wegen der Ausdehnung des Eigentumsbegriffs i. S. der Enteignung durch die Rechtsprechung praktisch nur noch für Körperschäden (Impfschäden) aktuell).

Nur bei der ersten Gruppe (A, 1) sind Handlung und Erfolg von gleicher Unrechtsqualität, während bei der letzten Gruppe (A, 2) aus rechtmäßigen Handlungen rechtswidrige Erfolge resultieren.

B. Bei der Beurteilung von Erfolgen ohne Rücksicht auf das vorangegangene Handeln versagen diese Prinzipien. Hier ist zweierlei maßgebend:

- 1) Die Zurechnung eines Erfolges zu einem Risiko.
- 2) Die Erlangung eines Vorteils auf fremde Kosten ohne schutzwürdigen Grund.

Nach alledem sind Handlungs- und Erfolgsunrecht zu trennen. Über das erste entscheiden entsprechend der Imperativtheorie die Gebote und Verbote der Rechtsordnung. Das Erfolgsunrecht, dessen Berücksichtigung die Werttheorie erlaubt, fußt einmal auf der Bewertung der den Erfolg verursachenden Handlung als rechtswidrig (A, 1), zum anderen auf dem Entzug eines Abwehrrechts gegen ausnahmsweise wegen höherer Interessen für rechtmäßig erklärte Handlungen (A, 2), schließlich ohne Rücksicht auf die Qualität der dem Erfolg zugrunde liegenden Handlung auf einer Risikoverteilung (B, 1: Gefährdungshaftung) oder auf einer Güterverschiebungs- (B, 2: Leistungskondition) oder Rechtsgutzuordnungskontrolle (B, 2: Eingriffskondition).

§ III. HANDLUNGS- UND ERFOLGSUNWERT IM DELIKTSRECHT

1. Besteht ein Bedürfnis, die Handlung zur Bestimmung des Unrechts heranzuziehen?

Es gibt mehrere Möglichkeiten, Unrecht zu bestimmen. Die primitivste, weil augenfälligste ist die Orientierung am eingetretenen Erfolg. Ist dieser ein der gesetzlichen Wertung zuwiderlaufendes Ergebnis eines Geschehens, so ist er für jedermann als rechtlich unerwünscht, sozialpolitisch schlecht oder ethisch mißbilligenswert, mit anderen Worten als rechtswidrig erkennbar (37).

Dieses Resultat einer menschlichen Handlung oder eines anderen Geschehens ist in erster Linie dann erfolgsunwertbetont, wenn es sich als Eingriff manifestieren kann; im Anblick eines getöteten oder der Freiheit beraubten Menschen oder einer zerstörten Sache. Indes genügt keinem Gericht die Kenntnis des Erfolges und des Täters, um gegen diesen eine Rechtsfolge zu erkennen. Stets wird auf das "Wie" der Handlung und auf die Umstände, unter denen sie vorgenommen wurde, abgestellt, um ein wirkliches Bild von der Rechtsverletzung zu gewinnen. Denn möglicherweise handelte der Täter in Notwehr oder wandte objektiv alle Sorgfalt auf, um den Erfolg abzuwenden, der vielleicht nur durch das Verschulden des Verletzten eingetreten ist.

Erschöpft sich jedoch das Handlungsergebnis lediglich in einem weniger augenfälligen Zustand oder Geschehen, etwa einer Ehrenkränkung, einer durch Drohung abgenötigten Handlung oder einer Vermögensminderung, so genügt diese "unsichtbare" Verletzung eines solchen unkörperlichen Rechtsgutes allein noch nicht, um der Tat den Stempel der Rechtswidrigkeit aufzudrücken.

So muß die Ehrverletzung durch eine Lüge erfolgen, die Nötigung in einer Weise, die aus dem sozialüblichen Rahmen herausfällt (§ 240 Abs. 2 StGB). Auch die Schädigung des Vermögens ist nur dann untersagt und rechtswidrig, wenn sie durch Täuschung, durch Vertrauensbruch oder schlechthin sittenwidrig erfolgt (38). Noch deutlicher tritt die Unentbehrlichkeit eines tatbestandlich qualifizierten Verhaltens in den Fällen hervor, in denen überhaupt kein von der eigentlichen Handlung abgrenzbarer Erfolg eintritt. So kann z. B. die gleiche Tat je nach der Gesinnung des Täters eine erlaubte ärztliche Untersuchung oder eine unzüchtige Handlung sein.

(37) Vgl. Fischer, aaO, 131, der für die Frage der Rechtswidrigkeit letztlich auf die Empfindung der Rechtsgenossen eines bestimmten Kulturkreises abstellt.

(38) Vgl. Wussow, aaO, 891.

Bei derartigen Tatbeständen kann man nicht umhin, die zum Erfolg führende Handlung zusammen mit der Willensrichtung des Handelnden in den Kreis der Betrachtung einzuführen. Hier wird erkennbar, daß der Unwert der Handlung in der Veränderung eines Zustandes zur negativen Seite nur einen Beziehungspunkt hat, daß er aber allein geprägt wird durch die Modalitäten der Handlung selbst.

Dieser Aufriß des Problems legt die Vermutung nahe, daß nur bei den Tatbeständen, bei denen eine manifeste äußere, Unrecht indizierende Verletzung fehlt, dem Handlungsunwert Bedeutung zukomme. Das ist jedoch keineswegs der Fall. Man war hier nur genötigt, neben dem eingetretenen Erfolg die Handlung zur Kennzeichnung des Unrechts im allgemeinen zusätzlich heranzuziehen. Die Beachtung des Handlungsunwerts findet man aber auch bei Taten, die Rechtsgüter der ersten Gruppe betreffen, bei denen also die Verletzung sichtbar ist. Man kann wohl nicht bezweifeln, daß eine Tötungs- oder Körperverletzungshandlung schlechthin unwertig ist. Das zeigt sich am deutlichsten daran, daß sie trotz Ausbleibens des erstrebten Erfolges straf- und zivilrechtliche Sanktionen (vorbeugende Unterlassungsklage) auslösen kann. Allerdings liegt dann in der Regel noch eine Gefährdung des Rechtsgutes vor, die immerhin einen gewissen Erfolg darstellt. Wie aber bei einem objektiv untauglichen Versuch (39)? Eine Haftung für solche Fälle, in denen sogar eine Gefährdung des Rechtsgutes ausbleibt - Tötung eines totgeborenen Kindes usw. -, ist allerdings nur im Strafrecht vorstellbar. Hier kommt bereits die mehr auf den Erfolg abstellende Haltung des Zivilrechts zum Ausdruck, wo die Gefährdung eines Rechtsgutes das haftungsauslösende Minimum ist. Das hat aber nicht zur Folge, daß die einen untauglichen Versuch darstellende Handlung im Zivilrecht etwa rechtmäßig wäre. Der "Auflehnungswille" des Täters ist für die Zwecke des Zivilrechts bedeutungslos, da er nicht die Mindestvoraussetzungen eines Haftungsgrundes erfüllt. Näheres u. § IV, 4.

Wenn also eine Handlung, die nicht die geringsten Folgen hat oder nach den Umständen haben kann, dennoch unwertig zu sein vermag, so muß sie ihren Unrechtsgehalt durch ein allen Handlungen und Erfolgsverursachungen innewohnendes Merkmal empfangen. Dieses Merkmal ist ein bewußter oder zumindest vermeidbarer Verstoß gegen sittliche Werte und daraus abgeleitete Pflichten (40).

(39) Vgl. Maurach, A.T. aaO, 402 ff.

(40) Vgl. Noll, aaO, 30.

2. Handlungsunwert bei unvorsätzlichen Taten

Der BGH hat in seinem eingangs zitierten Beschluß, der eine unvorsätzliche Rechtsgutverletzung zum Gegenstand hatte, nicht festgelegt, worin man abgesehen von der Verkehrswidrigkeit den Unwert einer Handlung sonst noch erkennen könne.

In der Tat ist die Verkehrswidrigkeit auch das einzige Kriterium des Handlungsunwerts, das bei einer unvorsätzlichen Erfolgsverursachung feststellbar ist. Die Verkehrswidrigkeit bedeutet aber nichts anderes als einen Verstoß gegen allgemeine oder berufliche Sorgfaltsanforderungen (41). Deshalb ist zunächst für unvorsätzliche Taten die Feststellung zutreffend, daß ihr Unwert schlechthin in einem Abweichen von den generellen Verhaltensanforderungen liegt.

Bei einer unvorsätzlichen Erfolgsverursachung ist die zweckgerichtete Handlung des Täters mit all ihren Modalitäten und charakteristischen Merkmalen auf einen anderen als den haftbarmachenden Erfolg gerichtet. Dieser von der eigentlichen Handlung abgespaltenen und zum Schaden führenden Nebenlinie, gleichsam einem "Abfallprodukt" der Handlung, fehlen jedoch alle Kennzeichen, die sie irgendwie unwertig machen könnten. Lediglich in der Abweichung von der zweckgerichteten Handlung liegt ein Spezifikum für den Unwert dieser den Erfolg verursachenden Nebenlinie (42). Denn eine solche Abweichung folgt regelmäßig aus einer generellen Pflichtwidrigkeit, d.h. sie entsteht durch Außerachtlassung der allgemeinen Sorgfaltsanforderungen. Hierin allein ist der Unwert einer fahrlässigen "Handlung", oder genauer gesagt einer fahrlässigen Erfolgsverursachung zu sehen, also nicht in der Verursachung eines "rechtsordnungswidrigen" Erfolges (43).

3. Handlungsunwert bei Vorsatztaten

Bei den Vorsatztaten ist dagegen eine Kennzeichnung des Handlungsunwerts leichter möglich. Hier kann man die Handlung als zweckgerichtetes menschliches Verhalten, das gerade diesen mißbilligten Erfolg herbeiführen soll und nicht wie bei unvorsätzlichen Taten auf ein in der Regel erlaubtes, d.h. neu-

(41) S.o. § I, 4 und u. § VIII.

(42) Ähnlich Bienenfeld, aaO, 413. Man beachte auch die berechtigten Bedenken zu Dohnas, ZStW. 27, 334, überhaupt von fahrlässigen "Handlungen" zu sprechen. Diese Ausdrucksweise sei eine *contradictio in adjecto*.

(43) Vgl. Niese, JZ 56, 460.

trales Ziel gerichtet ist, selbst ins Auge fassen. Sie erhält ihre Charakterisierung zunächst durch die sog. speziellen subjektiven Unrechtselemente, wie z.B. Aneignungsabsicht, Täuschungsabsicht, Bereicherungsabsicht, Bewußtsein der Sittenwidrigkeit (§ 226 BGB) usf. Diese subjektiven Merkmale sind aber nicht die einzigen Kennzeichen des Handlungsunwerts bei Vorsatztaten; hinzu kommen zahlreiche objektive Merkmale, wie z.B. die Sittenwidrigkeit der Handlung, die nicht vom Vorsatz umfaßt zu werden braucht, § 826 BGB (44).

Zur Feststellung, ob ein solches subjektives oder objektives Merkmal zur Rechtswidrigkeit oder zur Schuld gehört, kann folgende Methode dienlich sein. Reduziert man den in Frage stehenden Tatbestand um das zweifelhafte, entweder zur Rechtswidrigkeit oder zur Schuld gehörende Merkmal und verliert dadurch die Tat den durch die Norm vertypen spezifischen Unrechtscharakter, so gehört das betreffende Merkmal zum Unrechtstatbestand. Bleibt dieser Charakter, etwa als Vermögensdelikt, Urkunden-delikt, ungerechtfertigte Bereicherung oder Vertragsverletzung, jedoch erhalten, so handelt es sich lediglich um einen Bestandteil der Schuld, der die Tat in ihrem Unrechtsgehalt unberührt läßt.

Da aber eine Handlung auch ohne derartige spezielle subjektive oder objektive Merkmale einen rechtswidrigen Erfolg verursachen kann, ohne daß sie durch diesen allein unwertig würde, so muß ihr Unwert in einem bei allen Vorsatz-taten in gleicher Weise anzutreffenden Faktor zu finden sein. Das wird insbesondere bei solchen Rechtsgütern deutlich, die, wie z.B. das Leben, gegen jede Art von Verletzung geschützt sind (§§ 212, 222 StGB), so daß es einer Hervorhebung besonderer subjektiver Unrechtselemente zur Abgrenzung eines erlaubten von einem unerlaubten Eingriff nicht bedurfte. Dennoch wird niemand bezweifeln wollen, daß eine "schlichte" Tötungshandlung i. S. des § 212 StGB ebenso unwertig ist, wie etwa eine von Bereicherungsabsicht oder Täuschungsabsicht beeinflusste Vermögensschädigung. Dieses allen Vorsatz-taten eigene Merkmal kann aber nur der Vorsatz selbst sein, da in ihm ebenso wie bei den Fahrlässigkeitstaten in der generellen Sorgfaltspflichtverletzung ein Abweichen von den allgemeinen Sollensanforderungen zum Ausdruck kommt. Auch hier wird erkennbar, daß die tatbestandsmäßig angelegte Handlung erst sekundär und nicht einmal notwendig ein Rechtsgut, primär aber Pflichten ver-

(44) Da die Sittenwidrigkeit aber nur eine besondere Form der RW ist, muß sich nach der im ZR herrschenden "Vorsatztheorie" der Vorsatz praktisch doch auf sie beziehen.

letzt. Aus dieser Verletzung erhalten die auf die Verwirklichung eines tatbestandsmäßigen Erfolges gerichteten Handlungen ganz allgemein ihren Unwert - abgesehen von anderen Faktoren (speziellen subjektiven Unrechtselementen), die noch zu seiner Profilierung hinzutreten können. Man bezeichnet daher den Vorsatz als das allgemeine subjektive Unrechtselement (45).

4. Welchen Einfluß hat die Zuordnung des Vorsatzes zum Unrechtstatbestand auf den Aufbau der Haftungsgründe?

Allerdings setzt diese Zuordnung des Vorsatzes voraus, daß man ihn nicht als Schuldbestandteil, sondern als wertfreies Merkmal der Handlung selbst auffaßt. Die Folge davon ist, daß der Vorsatz nicht mehr das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit umfassen kann, da dieses Element ohne Zweifel gewertetes Schuldmerkmal ist.

Im Strafrecht ist diese Abtrennung des Unrechtsbewußtseins vom Vorsatz, der allerdings Schuldbestandteil bleibt, bereits von der Praxis durchgeführt, wenn auch mit einigen Ausnahmen, die jedoch das Prinzip unangetastet lassen (46).

Im Zivilrecht dagegen hält die h. L. noch an dem überkommenen Vorsatzbegriff fest, der bloße Sachverhaltskenntnis und das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu einem einheitlichen Begriff des Vorsatzes verschmilzt und diesen Begriff der Schuld zuweist. Das widerspricht jedoch den Auswirkungen des Handlungsunwerts, wonach der Vorsatz als reine Tatbestandskenntnis bereits zum Unrechtstatbestand gezogen werden muß (47).

Ob allerdings die strafrechtliche Schuldtheorie (Vorsatz = Schuldelement, aber unabhängig vom Unrechtsbewußtsein) oder die Folgen der finalen Handlungslehre (Vorsatz = bloße Tatbestandskenntnis und selbst Merkmal des Unrechtstatbestandes, Unrechtsbewußtsein = Schuldmerkmal) im Zivilrecht brauchbar sind, muß bezweifelt werden.

Das Zivilrecht wertet Vorsatz und Fahrlässigkeit offenbar als Schuldmerkmale, § 276 BGB, was allerdings neuen dogmatischen Erkenntnissen nicht im Wege

(45) Vgl. Niese, Finalität, aaO, 25.

(46) BGHSt 2, 194 mit der Maßgabe, daß die irrige Annahme eines Rechtfertigungsgrundes, die auf einem Sachverhaltsirrtum beruht, nicht das Unrechtsbewußtsein, sondern den Vorsatz ausschließt.

(47) So Nipperdey, A. T. aaO, 933; dagegen Niese, JZ 56, 465.

stehen kann. Aber etwas anderes läßt die im Strafrecht so wesentliche Unterscheidung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit hinfällig werden, nämlich die grundsätzliche Gleichstellung beider Elemente, §§ 276, 823 Abs.1 BGB. Es ist im Regelfall - anders § 826 BGB - völlig gleichgültig, ob jemand vorsätzlich oder fahrlässig ein absolutes Recht verletzt, ob ein Schuldner vorsätzlich oder fahrlässig gegen den Vertragszweck verstößt; die Rechtsfolgen sind stets die gleichen. Es ist daher im allgemeinen ohne Bedeutung, ob man mit der Vorsatztheorie bei fehlendem Unrechtsbewußtsein den Vorsatz schlechthin verneint und zur Prüfung der Fahrlässigkeit kommt. Für das Zivilrecht ist die Folgerung des Strafrechts:

- a) Verbotskenntnis = Unrechtsbewußtsein = volle Schuld,
- b) vermeidbarer Verbotsirrtum = fehlendes Unrechtsbewußtsein = verminderte Schuld (Strafmilderung analog § 51 Abs.1 StGB),
- c) unvermeidbarer Verbotsirrtum = fehlendes Unrechtsbewußtsein = fehlende Schuld

unbrauchbar. Was soll man im Zivilrecht mit einem Begriff der verminderten Schuld, der im Strafrecht fakultativ zur mildernden Bestrafung führen kann? Besteht dann nur ein Anspruch auf die Hälfte des Schadensersatzes?

Es erscheint daher besser, die überkommene Vorsatztheorie beizubehalten und den Begriff des Vorsatzes mit verschiedenem Inhalt zu erfüllen, je nachdem, ob er Element des Unrechtstatbestandes - wertfreier natürlicher Vorsatz - oder Schuld-element - gewerteter normativer Vorsatz - ist.

Wenn z. B. ein angestellter Lkw-Fahrer eine Reparatur an dem Wagen seines Arbeitgebers ausführt und dabei durch den Einbau eines falschen Ersatzteils den Wagen beschädigt, so handelt er vorsätzlich im Hinblick auf seine Bastelei. Die Schuldform des haftbarmachenden Tatbestandes ist aber gleichwohl Fahrlässigkeit, wenn er die fehlende Eignung des Ersatzteils infolge eines fahrlässigen Irrtums nicht erkannte. Ebenso ist es, wenn jemand eine fremde Sache beschädigt, die er irrig für seine eigene hält oder bezüglich deren er irrig an ein Eingriffsrecht - z. B. § 904 BGB - glaubt.

Man muß also, wie durch die Einführung des Handlungsunwerts ins Zivilrecht deutlich geworden ist, unterscheiden zwischen Vorsatz als Teil des Unrechtstatbestandes und als Teil der Schuld. Entsprechendes gilt für die Fahrlässigkeit, je nachdem, ob sie zur Begründung der Rechtswidrigkeit oder zur Feststellung der Schuld herangezogen wird. Näheres u. § VIII.

§ IV. DER STANDORT DES ZIVILRECHTS IN DER AUSEINANDERSETZUNG ZWISCHEN HANDLUNGS- UND ERFOLGSUNWERT

1. Rechtswidrigkeit im formellen Sinn

Nach der Auffassung des Gesetzes ist jeder Eingriff in ein absolut geschütztes Recht im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB eo ipso rechtswidrig, es sei denn, daß ein Eingriffsrecht (Rechtfertigungsgrund) vorliegt. Der Gesetzgeber formuliert in § 823 Abs. 1 BGB etwas pedantisch und irreführend: "Wer ... widerrechtlich verletzt, ..." Sinngemäß könnte man sagen: "Wer ... verletzt, ist, weil eine solche Verletzung in der Regel widerrechtlich ist, zum Schadensersatz verpflichtet" (48), sofern diese Verletzung nicht ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

Diese Unrechtsindikation soll auch weiterhin gelten, obwohl der Kreis der absolut geschützten Rechtsgüter durch die Rechtsprechung zu Art. 2 Abs. 1 GG weit über den von § 823 Abs. 1 BGB vorgesehenen Rahmen hinaus erweitert worden ist (49). Näheres u. Ziff. 2.

Ebenso ist es im Vertragsrecht. Hier ergibt sich die Widerrechtlichkeit aus der fehlenden Übereinstimmung von Schuldnerverhalten und Leistungspflicht. Steht ein Verstoß gegen eine Leistungspflicht einmal fest, so ist mit dem "Tatbestand" der Leistungsstörung, der Schlechterfüllung, der positiven Vertragsverletzung u. a. zugleich die Rechtswidrigkeit gegeben. Denn auch ein solches Verhalten ist in der Regel widerrechtlich, zwar nicht in Beziehung zu jedermann, aber hinsichtlich des Vertragspartners, so daß die Formulierung "relative Rechtswidrigkeit" durchaus zutreffend erscheint. Auch hier bedarf es keiner positiven Begründung des Unrechts. Aus dem "Tatbestand" selbst folgt bereits die Rechtswidrigkeit, gleichgültig, ob es sich um eine vorsätzliche oder fahrlässige Verletzung der Vertragspflicht handelt.

2. Rechtswidrigkeit im materiellen Sinn

Man hat diese Regelung des BGB als unelastisch und lebensfremd bezeichnet (50).

(48) Mor. II, 126; May, aaO; Fischer, aaO, 97; Oertmann, aaO, Anm. 7 zu § 823; Stoll, aaO; BGHZ 24, 21 ff.

(49) BGHZ 13, 358; 24, 72 u. 208.

(50) E. Lehmann, aaO, 891; Esser, AcP 148, 132 ff; Nipperdey, ArbBerAkDR 1940, 40; ders., Zeitungsstreikgutachten, aaO, 38 ff.

Insbesondere Esser (51) befürwortet die Einführung eines Begriffs der sog. materiellen Rechtswidrigkeit, der den Richter zu einer substantiellen Prüfung des schadenstiftenden Verhaltens zwingen soll. Bei der sog. formellen Rechtswidrigkeit wird er dieser Aufgabe durch die Feststellung des Tatbestandes entzogen, nach der, abgesehen von meist nicht vorliegenden Rechtfertigungsgründen, das Unrecht bereits feststeht. Statt dessen soll, vergleichbar den offenen Tatbeständen des StGB (52), die Rechtswidrigkeit durch eine dem § 240 Abs. 2 StGB entsprechende Formel positiv begründet werden (53).

Diese Kritik des gesetzlichen Rechtswidrigkeitsbegriffs ist dort berechtigt, wo durch die Normen des BGB wenig klar umrissene Rechtsgüter geschützt werden sollen, ohne daß der Unrechtsgehalt durch gesetzlich vertyppte Tatmodalitäten näher bestimmt wird (wie z. B. bei § 826 BGB) (54). Aktuell wird sie gerade heute nach Einführung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in den Kreis der absolut geschützten Rechte (55). Bezeichnend ist, daß bei Eingriffen in einen eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb die Rechtswidrigkeit der Tat schon heute nicht nach formellen, sondern nach materiellen Gesichtspunkten bestimmt wird (56).

Handelt es sich jedoch um traditionell abgegrenzte Rechtsgüter, wie Eigentum, Gesundheit, Körper usf., so ist das Regel - Ausnahme - Prinzip vorzuziehen. Es ist brauchbar und zeitigt im allgemeinen keine lebensfremden Ergebnisse - wenn man von ärztlichen Heileingriffen und dem vielzitierten Beispiel des Haarschneidens absieht, bei denen grundsätzlich erst die Einwilligung des Betroffenen das tatbestandsmäßig indizierte Unrecht ausschließt (57). Aber sollte andererseits eine Operation vorgenommen werden dürfen, nur weil Mittel und Zweck den Eingriff rechtfertigen? Soll der Patient kein Notwehrrecht haben, wenn er gegen seinen Willen auf den Operationstisch gelegt wird (58)? Oder soll mein Nachbar meinen Garten allein deswegen betreten dürfen, weil

(51) aaO.

(52) Vgl. o. § I, 2.

(53) So auch die Reformvorschläge Wahls, ArbBerAkDR 1940, 17 f.

(54) Vgl. Nipperdey, Zeitungsstreikgutachten, aaO, 31 ff; dazu Niese, Streik, aaO, 29.

(55) BGHZ 13, 358; 24, 72 u. 208.

(56) Bienenfeld, aaO, 403/404; E.-Lehmann, aaO, 911; Esser, AcP 148, 133; Wussow, NJW 58, 891.

(57) Vgl. Wussow, NJW 58, 891.

(58) Vgl. Schmidt, NJW 58, 488; Wussow, NJW 58, 892.

er mir bei einer meine Kräfte übersteigenden Arbeit helfen will (59)? Es muß sein Risiko bleiben, ob er sich auf Einwilligung oder etwa auf Geschäftsführung ohne Auftrag berufen kann.

Außerdem steht der Lehre von der positiven Begründung der Rechtswidrigkeit bei absolut geschützten Rechten im traditionellen Sinn (einschließlich des Besitzes) die Regelung des BGB entgegen. Gerade auf deren Schutz bezogene Normen, die auf das Korrektiv des Verschuldens verzichten - §§ 858, 1004 u.s.f. BGB -, gehen davon aus, daß jeder Eingriff, den der Berechtigte nicht zu dulden braucht, rechtswidrig ist, und zwar ohne Rücksicht auf die materielle Rechtmäßigkeit, d.h. auf Mittel und Zweck des Eingriffs. Selbst beim Fehlen positiver materieller Rechtswidrigkeit bestünde aber kein Eingriffsrecht für den Täter und auf der anderen Seite keine Duldungspflicht des Berechtigten (vergl. hierzu die o.a. Beispiele). Bei § 1004 Abs. 2 BGB ist z.B. der Eingriff nur bei einer Duldungspflicht des Eigentümers rechtmäßig. Ein solches Eingriffsrecht und die ihr entsprechende Duldungspflicht kann aber nicht stets bei einer der Mittel-Zweck-Relation genügenden Einwirkung angenommen werden. Ein Bedürfnis, auf diese Weise eine Duldungspflicht des Eigentümers zu begründen, besteht auch heute trotz der fortschreitenden technischen Entwicklung nicht. So kann die Duldungspflicht zur Hinnahme von Eingriffen in das Eigentum in Fällen, in denen etwa die Gesundheit der Bevölkerung bedroht ist (z.B. radioaktive oder chemische Verseuchung des Grundstücks und daher Notwendigkeit, dieses zu betreten, um die schädlichen Stoffe zu neutralisieren), ohne weiteres aus §§ 228 oder 904 BGB hergeleitet werden.

So muß also die Theorie von der materiellen Rechtswidrigkeit unterscheiden zwischen Fällen fehlenden Unrechts und Fällen, in denen dem Täter kraft positiven Rechts ein Eingriffsrecht gewährt wird. Die erste Fallgruppe ist jedoch mit der Zielsetzung des BGB, das die Individualinteressen den Kollektivinteressen vorzieht, unvereinbar. Denn eine Handlung mag vom Standpunkt des Täters aus oder in der Bewertung der Allgemeinheit noch so nützlich und ungefährlich sein (z.B. harmlose Operation mit sicherer Aussicht auf Heilung), für das Opfer, dessen Interessen das Zivilrecht schützen will, kann ein solcher Eingriff durchaus das Gegenteil bedeuten. Die zweite Gruppe enthält hingegen ausschließlich Fälle, in denen der Eingriff auch nach dem formellen Rechtswidrigkeitsbegriff kraft eines Rechtfertigungsgrundes rechtmäßig ist.

(59) Vgl. May, NJW 58, 1263.

Man könnte, wenn man nicht auf die Ordnungsform des absoluten Rechts und seinen Individualschutz überhaupt verzichten will, allenfalls einen formellen (erfolgsbezogenen) Rechtswidrigkeitsbegriff, wenn es sich um die §§ 858, 1004 u. f. BGB handelt, und einen materiellen Unrechtsbegriff bei den Deliktstatbeständen annehmen. Eine mißliche Lösung, die abgesehen von ihrer dogmatischen Anfechtbarkeit lebensfremde Ergebnisse zeitigen würde. So müßte man u. U. einem Anspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i. V. m. § 1004 BGB wegen formell rechtswidriger Verletzung stattgeben und einen Anspruch aus § 823 Abs. 1 BGB mangels materieller Rechtswidrigkeit verneinen.

Es scheint also, daß der formelle und sachverhaltsbezogene Rechtswidrigkeitsbegriff des BGB auch heute noch angemessen ist, solange ein Katalog scharf umrissener absoluter Rechte besteht (60). Je schwerer faßbar ein Rechtsgut jedoch ist, umso eher ist ein Abweichen von dem Regel-Ausnahme-Prinzip zu befürworten.

Das gilt z. B. für eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, nämlich der Freiheit der Willensentschließung. Dieses Rechtsgut ist täglich einer solchen Fülle von wägbaren und unwägbaren Eingriffen ausgesetzt, daß zwangsläufig eine Scheidung der erheblichen von den unerheblichen erfolgen muß. Diese Auswahl kann aber nicht nach formellen Gesichtspunkten vorgenommen werden. Sonst hätte jede Verletzung dieses Rechtsgutes bis zur Feststellung eines der herkömmlichen Rechtfertigungsgründe, die allesamt für dieses "sublime" Gut nicht die gewünschte Wirkung zu entfalten vermögen, als rechtswidrig zu gelten. Daher ist auch die Regelung des § 240 Abs. 2 StBG verständlich. Ein Beharren auf dem sonst bei den geschlossenen Tatbeständen gültigen Regel-Ausnahme-Prinzip würde jede Einwirkung auf die Willensentschließungsfreiheit von vornherein zu einer rechtswidrigen Nötigung machen. Die bekannten Rechtfertigungsgründe sind jedoch mehr auf manifeste äußere Verletzungstatbestände zugeschnitten, so daß der erforderliche Ausleseprozeß nur mit Hilfe materieller Kriterien erfolgen kann, die hier vom Gesetz in einer verworflichen Mittel-Zweck-Relation gesehen werden.

3. Die Sozialadäquanz

Eng zusammen mit der Theorie von der materiellen Rechtswidrigkeit hängt

(60) Vgl. Hueck-Nipperdey, Lehrb. d. Arbeitsrechts aaO, 583; dazu Niese, Streik aaO, 28/29.

die Lehre von der sozialen Adäquanz, die von Welzel (61) für das Strafrecht ausgebaut und von ihm ursprünglich als Handlungs- und nicht als Rechtswidrigkeitsproblem (62) angesehen wurde. Nipperdey (63) übernahm sie ins Zivilrecht. Danach sind alle Handlungen rechtmäßig, die sich "innerhalb des Rahmens der geschichtlich gewordenen sozioethischen Ordnung des Gemeinschaftslebens" bewegen.

Die Lehre von der sozialen Adäquanz geht von Erscheinungen des täglichen Lebens aus - wie Freiheitsbeeinträchtigungen in überfüllten Massenverkehrsmitteln, Körperverletzungen beim Haarschneiden und Rasieren oder beim Sport im Rahmen der geltenden Regeln usw. -, die niemand als Unrecht empfindet. Sie versucht, daraus ein allgemeines Prinzip des Unrechtsausschlusses ohne Rücksicht auf gesetzliche Rechtfertigungsgründe (meist Einwilligung) herzuleiten.

Zumindest in bestimmten Fällen (vgl. etwa §§ 905, 906, 907 BGB) kann in der Tat auch das Zivilrecht diesen Gedankengängen die Anerkennung nicht versagen. Nichts stünde im Wege, ihnen auch solche Fälle zu unterstellen, in denen eine Gefahr unüberschaubar ist und zusätzlich den einzelnen nicht nur mit harmlosen, sondern einschneidenden Eingriffen bedroht. So kann der Kraftverkehr oder die Inbetriebnahme von Kernreaktoren sozialadäquat sein, und zwar deshalb, weil die Bedeutung dieser Einrichtungen für die Gesamtheit die Interessen des Individuums überwiegt. Die Privilegierung dieser Anlagen muß aber als Ersatz für den dem einzelnen entzogenen Abwehranspruch zumindest einen Ausgleich im Wege der Gefährdungshaftung vorsehen (64). Derartige gefährliche Tätigkeiten oder Anlagen sind, wenn sie mit der notwendigen Umsicht gehandhabt werden, kraft ihrer Legalisierung schon gar nicht tatbestandsmäßig, geschweige denn rechtswidrig. Die Sozialadäquanz kann daher allenfalls Bedeutung haben nicht für den Betrieb als solchen, sondern nur für die einzelnen zum Schaden führenden Handlungen oder Ereignisse.

Nicht zu vertreten ist jedoch - jedenfalls für das Zivilrecht - die

(61) Welzel, Strafrecht aaO, 73.

(62) Erst von der 3. Aufl. seines Lehrbuchs ab soll die Sozialadäquanz nicht die Tatbestandsmäßigkeit, sondern die Rechtswidrigkeit ausschließen.

(63) E.-Nipperdey, A.T. 917/918; Nipperdey, NJW 57, 1777.

(64) Vgl. z. B. das StVG und das Gesetz über die friedliche Verwendung der Kernenergie und den Schutz gegen ihre Gefahren (Atomgesetz) vom 23.12.1959 = BGBl I, 814.

Gleichstellung der Sozialadäquanz mit dem Prinzip des § 276 BGB, also mit der objektiven Sachgemäßheit, Ordnungsgemäßheit oder Verkehrsrichtigkeit einer Handlung (65). Eine mit der erforderlichen Sorgfalt ausgeführte Handlung ist keineswegs immer gemeinschaftsunschädlich, harmlos, kurz: sozialadäquat.

Beispiel a) Der Pkw des F gerät trotz nachweislich verkehrsrichtigen Verhaltens des F aus ungeklärtem Grund aus der Fahrbahn und fährt einen an der Straße stehenden Mast um. Der Mast stürzt auf ein von P gepachtetes Grundstück (66).

Beispiel b) Abbrucharbeiter fahren in einer belebten Straße einen hochexplosiven Sprengkörper, den sie ohne Verletzung der verkehrsmäßigen Sorgfalt für einen Stein halten, auf einem Lastwagen ab (67).

Für den in seinem Besitz gestörten P (Beisp. a) ist die Verletzung keinesfalls rechtmäßig, mag die Handlung des F oder der Autoverkehr schlechthin noch so sozialadäquat sein. Noch deutlicher wird das, wenn man sich vorstellt, daß das Auto nicht einen Mast umreißt, sondern sich schleudernd auf die Passanten auf dem Bürgersteig zubewegt. Soll die Bedrohung dieser Leute sozialadäquat und damit rechtmäßig sein? Wie, bei der Gefährdung der Anwohner in Beispiel b?

Das Zivilrecht muß anders als das Strafrecht auf den Betroffenen abstellen, so daß man die Ordnungsform des absoluten Rechts nicht umgehen kann. Daher ist selbst eine solche Ausgestaltung der Sozialadäquanz, die nicht die Handlung des Täters, sondern die Beeinträchtigung des Verletzten als entscheidendes Kriterium ansieht, im Zivilrecht als allgemeiner Unrechtsausschließungsgrund unbrauchbar. Denn was nach landläufiger Auffassung für den Täter völlig harmlos, nützlich oder ordnungsgemäß ist, kann für das Opfer eine unzumutbare Verletzung oder Gefährdung bedeuten (68). Solange man ihm also prinzipiell die Verfügungsbefugnis über seine Interessen zugesteht, ist man gezwungen, seine Ansicht über die Sozialadäquanz des Eingriffs zu respektieren. Damit entfällt die Bedeutung dieser Lehre als Methode zur Bestimmung des Unrechts.

(65) So Niese, JZ 56, 460 und Welzel, Neues Bild aaO, 31 ff für das Strafrecht. Nipperdey, NJW 57, 1779 für das Zivilrecht. Dagegen Stoll, JZ 58, 142.

(66) Beispiel von Stoll, aaO, 140.

(67) Beispiel von Stoll, aaO, 142.

(68) Vgl. o. Ziff. 2 die Beispiele zur materiellen Rechtswidrigkeit.

Die selbst im Strafrecht nicht durchweg anerkannte Theorie (69) sollte daher mit größter Vorsicht behandelt werden. Dennoch dürfte eine besondere Ausgestaltung auch für gewisse Gebiete des Zivilrechts bedeutsam sein, zumindest da, wo absolute Rechte (allg. Persönlichkeitsrecht) einer Konkretisierung bedürfen. Hier muß das gleiche gelten, was o. Ziff. 2 zur Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit gesagt wurde.

4. Stellung des Zivilrechts

Man kann mithin als Ergebnis festhalten, daß der vom Erfolg bestimmte formelle Rechtswidrigkeitsbegriff des BGB nicht überholt ist, sondern wichtige Funktionen zu erfüllen hat.

Ein Vergleich der Aufgaben des Zivilrechts mit denen des Strafrechts zeigt im übrigen deutlich, daß das BGB grundsätzlich vom Erfolgsunwert ausgehen muß. Hauptanliegen des BGB sind eine gerechte Risikoverteilung und der Schadens- und Bereicherungsausgleich. Es stehen weniger die Gebote und Verbote als vielmehr die Gewährungen im Vordergrund (70). Ein Schaden knüpft aber, wenn er nicht selbst schon als rechtlich mißbilligter Erfolg angesehen wird, stets an eine eingetretene Verletzung an, wobei die zu diesem Erfolg führende Handlung in der Regel von untergeordneter Bedeutung ist (71). In vielen Fällen ist sogar ein gefährdendes oder schadenbringendes Verhalten überhaupt nicht feststellbar. So z. B. bei der Haftung des Eigentümers für Störungen aus seinem Grundstück, das er durch Erbfall erworben hat und die an die Haltereigenschaft schlechthin geknüpfte Gefährdungshaftung nach StVG und LVG (72). Stets ist also ein rechtlich mißbilligter Zustand in der Rechtsgüterwelt des Betroffenen, sei er nun eingetreten oder stehe er bevor, der haftungsauslösende Faktor, auch wenn in manchen Fällen noch weitere Merkmale vorliegen müssen, um den Tatbestand eines Haftungsgrundes zu erfüllen (z. B. Verschuldenshaftung) (73).

(69) Vgl. Maurach, A. T. aaO, 229.

(70) Binding, Normen I, 107, 479; vgl. dazu auch Kaufmann, aaO, 9; E. - Nipperdey, A. T. aaO, 115.

(71) Bindokat, JZ 58, 555.

(72) Vgl. Pleyer, AcP 156, 306.

(73) Zutreffend kennzeichnet Pleyer, AcP, 156, 305 Anm. 53, die Tendenz zu objektiven Zurechnungs- und Bewertungsmaßstäben: "Das Bestreben, Verpflichtungen möglichst auf eine Willenserklärung oder wenigstens auf eine Willensbetätigung des Pflichtigen zurückzuführen, ist typisch

Ein Schadensersatzanspruch allein wegen einer unwertigen Handlung ist undenkbar, während eine Sanktion des Strafrechts hierauf sehr wohl möglich ist, wie § 43 StGB, insbesondere beim untauglichen Versuch beweist (74). Nur der eingetretene Erfolg zählt und löst bei Vorliegen der anderen Anspruchsvoraussetzungen die zivilrechtliche Haftung des Täters aus.

Andersgeartet sind die Anliegen des Strafrechts (75). Hier steht nach heute im Vordringen begriffener Auffassung (76) der Unwert der Handlung im Vordergrund, also die Unterschreitung des ethischen Minimums. Der Erfolg entscheidet jedenfalls nicht über die Höhe der Strafe. Wie könnte es sonst zu den unterschiedlichen Strafraumen der §§ 242, 248a, 370 Ziff. 5 StGB einerseits und den der §§ 211, 212 StGB andererseits kommen, da doch der Erfolg bei jeder der beiden Gruppen der gleiche ist.

Auch der Unterschied im Handlungsunwert bei Vorsatz- und entsprechenden Fahrlässigkeitstaten ist auffällig. Es ist keineswegs wie im Zivilrecht bedeutungslos, ob eine Tötung vorsätzlich oder fahrlässig begangen wurde. Im zweiten Fall ist die Strafe erheblich milder; in anderen Fällen geht der Täter bei Fehlen eines entsprechenden fahrlässig begehbaren Tatbestandes sogar straffrei aus, z.B. bei § 303 StGB.

Das Zivilrecht kann jedoch auf diese besonderen Bedürfnisse des Strafrechts wegen seiner eigenen anderen Zielsetzung keine Rücksicht nehmen. Ist das Eigentum eines anderen verletzt, so stellt sich hier nicht die Frage, ob durch Diebstahl, Notentwendung oder Mundraub. Es wäre auch widersinnig, im ersten Fall vollen Schadensersatz zu gewähren, im zweiten und dritten dagegen nur Bruchteile des Schadens zu ersetzen. Ebenso wenig wird im deutschen Recht ein Unterschied zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Verursachung gemacht; die Folgen sind die gleichen, §§ 276, 823 Abs. 1 BGB.

Daher hat auch die finale Handlungslehre im Zivilrecht nur in Ausnahmefällen

für das vorige Jhhd. Dieses neigte dazu, die Probleme vom einzelnen Menschen, seinem erklärten Willen oder seinem sonstigen Verhalten her zu beurteilen. In den letzten Jahrzehnten sind jedoch - ohne daß man die Bedeutung der (subj.) Willenserklärung oder Willensbetätigung übergehen würde - neue, und zwar obj. Gesichtspunkte immer mehr in den Vordergrund getreten."

(74) Vgl. dazu auch o. § III, 1.

(75) Niese, JZ 56, 457 ff; Stratenwerth, aaO, 11/21; Wieacker, JZ 57, 536.

(76) Vgl. Maurach, A. T. aaO, 179.

Bedeutung (77), nämlich dann, wenn es ausnahmsweise nicht um Auswirkungen einer Handlung, um Schadens- und Bereicherungsausgleich, um das Vertrauen der Vertragspartner in das Verhalten des anderen geht, sondern um eine sozioethisch verwerfliche Handlung, vgl. §§ 123, 138 Abs.1, 463 S.2, 530, 826, 2339 BGB; 42,43 EheG.

§ V. AUSWIRKUNGEN DER TRENNUNG VON HANDLUNGS- UND ERFOLGSUNRECHT

1. Rechtfertigung bei vorsätzlicher Tat

Die Entscheidung des BGH, die Ausgangspunkt der Darstellung war, hatte einen Fall zum Gegenstand, in dem trotz fehlenden Handlungsunwerts ein tatbestandsmäßiger Erfolg Handlungsergebnis war. Folgende Beispiele werfen zunächst für vorsätzliches Handeln die Problematik mit umgekehrten Vorzeichen auf. Es handelt sich um Fälle, in denen trotz Vorliegens eines Handlungsunwerts ein Erfolgsunwert zu fehlen scheint.

- a) A befindet sich in einer von B hervorgerufenen Notwehrlage, die ihn zur Tötung des B berechtigt. Ohne die Notwehrlage zu erkennen, erschießt er den B, um sich für früher erlittene Unbill zu rächen.
- b) A sieht den wertvollen, seinem Nachbarn B gehörenden Jagdhund, der sich gerade anschickt, ein kleines Kind anzuspringen. A versteht nichts von Hunden und nimmt an, das Tier wolle mit dem Kind spielen. Er erschießt aber den Hund, um "dem bösen Nachbarn eins auszuwischen". In Wirklichkeit hatte der Hund die Angewohnheit, kleine Kinder zu beißen. Außerdem stellt sich bei einer Obduktion des Tieres heraus, daß es tollwütig war.
- c) A schlägt dem B ein Fenster ein, ohne zu wissen, daß er dadurch einen Menschen vor dem Erstickungstode rettet (78).

2. Problematik der Beispiele

Allen drei Fällen ist eigen, daß die Handlungen des A, obwohl sie tatbestands-

(77) Vgl. Niese, JZ 56, 457 ff.

(78) Beispiel von Niese, Finalität, aaO, 18.

mäßig i. S. des § 823 Abs. 1 BGB sind, durch Verkettung von Umständen, die A nicht kannte, höchst billigenswerte Erfolge verursachten. Dabei handelt es sich nicht um ein von dem erstrebten Erfolg verschiedenes Handlungsergebnis, sondern der eingetretene tatbestandsmäßige Erfolg stellt sich ex post betrachtet als gut und nützlich dar, weil er in einer als Rechtfertigungsgrund anerkannten Notlage vom Gesetz gebilligt wird.

Auffällig ist dagegen, und hier stoßen wir zur Problematik der Fälle durch, daß der Täter diesen guten Erfolg nicht wollte. Er verletzte nicht fremde Rechtsgüter, um ein sozial wertvolles oder billigenswertes Ergebnis zu erreichen, sondern er handelte lediglich aus Haß, Rache und ähnlichen niedrigen Motiven. Sein auf die Vernichtung fremder Rechtsgüter gerichteter Vorsatz war nicht überlagert von dem Willen, sich zu verteidigen, zu helfen oder zu retten. Nur für den unbefangenen außenstehenden Betrachter erscheint sein Tun von vernünftigen oder edlen Motiven getragen. Es hat unter diesem Blickwinkel die Qualität eines Handelns aus Notwehr, zur Rettung usw.

Da aber sowohl bei § 227 BGB (79) als auch bei § 228 BGB in Anlehnung an deren Wortlaut (80) und bei § 904 BGB, obwohl hier der Gesetzestext weniger zwingend für die Erforderlichkeit eines subjektiven Rechtfertigungselementes spricht (81), von der h. M. zur Rechtfertigung der Tat in Übereinstimmung mit dem Strafrecht ein solches verlangt wird, so fragt es sich, ob bei einem nur auf eine Rechtsgutverletzung gerichteten - also nicht von einem subjektiven Rechtfertigungselement überlagerten - Vorsatz stets die Rechtfertigung ausgeschlossen ist oder ob nicht ausnahmsweise dessen ungeachtet eine Rechtfertigung dann eintreten kann, wenn der Täter einen rechtlich zu billigenden Erfolg herbeiführt. Lehnt man diese Möglichkeit einer Rechtfertigung ab, so

(79) Bemerkenswerterweise ist im Zivilrecht die Erforderlichkeit eines Verteidigungswillens bei § 227 BGB bestritten. Dafür: Staudinger, aaO, § 227 Anm. 7; aA. Soergel-Bauer, aaO, § 227 Anm. 3 K.

(80) § 227 BGB: Eine durch Notwehr gebotene Handlung ist nicht widerrechtlich. - Notwehr ist diejenige Verteidigung, welche erforderlich ist, um einen gegenwärtigen rechtswidrigen Angriff von sich oder einem anderen abzuwenden.

§ 228 BGB: Wer eine fremde Sache beschädigt oder zerstört, um eine durch sie drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden, handelt nicht widerrechtlich...

(81) § 904 BGB: Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig ... ist.

kommt man zu dem seltsamen Ergebnis, daß die Bewertung des Erfolges und damit die Rechtsfolge eines Haftungsgrundes (z. B. § 823 Abs. 1 BGB) allein an den Unwert der Handlung geknüpft wird. Der Verletzte hätte trotz seiner objektiven Unrechtlage einen Anspruch auf Schadensersatz. Während eine strafrechtliche Haftung für derartige Fälle keine ungewöhnliche Konsequenz ist - vgl. die Strafbarkeit des objektiv untauglichen Versuchs - erscheint eine zivilrechtliche Folge für ein auf dem Boden des Erfolgsunrechts stehendes Rechtssystem untragbar.

Lösungsversuche, die aus diesem Dilemma herausführen könnten, erweisen sich bei näherer Prüfung als unzureichend oder führen allenfalls zu einer unklaren Kasuistik: So mag man z. B. an eine weitherzige Anwendung des § 254 BGB denken, um den A im Fall a) aus der Haftung zu entlassen. Wie soll aber ein mitverursachendes Verschulden berücksichtigt werden können, wenn derselbe Erfolg auch ohne den Angriff des B eingetreten wäre? Auch der Gedanke, daß der getötete B überhaupt keinen Schaden erleidet, da es sich allenfalls um eine bedingte Aufwendung handeln könne, ist angesichts der Tatsache, daß in der beschriebenen Situation ebensogut der A von B oder von einem dritten Nothelfer hätte getötet werden können, wenig stichhaltig. Außerdem versagt dieser Gesichtspunkt in anderen Beispielen, in denen in der Notlage, welche die objektive Seite des Rechtfertigungsgrundes darstellt, kein Rechtsgüterverzicht oder freiwillige Gefahrübernahme des Opfers gefunden werden kann. Auch eine Abstufung der Haftung des Schädigers nach Billigkeitsgesichtspunkten (§ 242 BGB) führt im allgemeinen nicht weiter, da jedenfalls im Beispiel a) nicht gesagt werden kann, daß die Tötung des B gerechter und billiger wäre als die Tötung des A.

Alle diese an sich denkbaren Lösungsversuche entbehren einer allen Fällen gerecht werdenden klaren dogmatischen Grundlage und versperren die Möglichkeit, mit Hilfe eines allgemeingültigen Prinzips gleichgelagerte Fälle zu erfassen. Andererseits kann man auch nicht die gefühlsmäßig erwartete Freistellung des Täters von der zivilrechtlichen Haftung - zumindest in den Beispielen a) und b) - dadurch erreichen, daß man die zum Erfolg führende Handlung als rechtmäßig bezeichnet, weil durch sie gleichsam zufällig ein positiv zu wertender Erfolg, welcher der objektiven Seite eines Rechtfertigungsgrundes entspricht, eingetreten ist. Schlägt man diesen Weg ein, so ist nicht einzusehen, warum bei den Rechtfertigungsgründen überhaupt Wert auf eine subjektive Komponente der objektiven Rechtfertigungssituation gelegt wird und nicht schlechthin der billigenswerte oder mißbilligenswerte Erfolg über die Rechtmäßigkeit der Handlung entscheidet. Immerhin wäre doch

im Zivilrecht, dessen Zielsetzung hauptsächlich vom Erfolg her bestimmt ist, diese Möglichkeit naheliegend. Sie ist auch nicht zwingend durch den Wortlaut der §§ 227, 228 BGB und schon gar nicht durch den des § 904 BGB ausgeschlossen (82).

3. Lösungsversuch

Es fällt bei der Betrachtung der angeführten Beispiele auf, daß aus einer offenbar unrechtmäßigen Handlung ein billigenswerter oder genauer gesagt, rechtmäßiger Erfolg resultiert (83). Weiter muß beachtet werden, daß der Erfolg auch dann eingetreten wäre, wenn der Täter durch sein Handeln die im Gesetz genannten Zwecke hätte erreichen wollen. In diesem Fall besteht kein Zweifel darüber, daß das Handlungsergebn rechtmäßig ist, da es eben in dieser Situation geringer bewertet wird als das Rechtsgut, zu dessen Schutz die Verletzung erfolgte, und der Verletzungsvorsatz durch den Willen des Täters, zu helfen oder zu retten, dominant überlagert wurde. Es läge dann die allgemein geforderte Übereinstimmung von subjektiven und objektiven Rechtfertigungselementen vor. Daraus ist zu schließen, daß der eingetretene Erfolg als solcher rechtmäßig sein muß, wenn er nur bei Vorliegen der objektiven Seite eines der bekannten speziellen Rechtfertigungsgründe verwirklicht ist, ungeachtet der Willensrichtung des Täters. Denn in dieser Situation ist dieser Erfolg vom Recht gebilligt, gleichgültig, ob die subjektive Komponente, welche die Handlung als solche rechtmäßig macht, vorliegt oder nicht. Das Handlungsergebn ist gleich wertvoll, ob es aus einer unwertigen oder nicht unwertigen Handlung herbeigeführt ist, wenn nur die objektive Seite des Rechtfertigungsgrundes erfüllt ist. Bedenkt man zudem noch, daß das BGB grundsätzlich auf dem Boden des Erfolgsunrechts steht, so ist die Annahme gerechtfertigt, daß der Erfolg als solcher bei Vorliegen der

(82) Über die Unsicherheit in der Beurteilung derartiger Fälle im Strafrecht s. Maurach, A. T. aaO, 241. Daß die Bestrafung des Täters etwa im Fall b) an ein Ziel an einen Handlungs- und nicht an einen Erfolgsunwert geknüpft werden kann, gibt Maurach, aaO, 241/42 unumwunden zu.

(83) Von dem Erfolg soll hier nur dann gesprochen werden, wenn dieser unter der objektiven Seite eines speziellen Rechtfertigungsgrundes fällt. In allen anderen Fällen, denen sich der Erfolg nachträglich als billigenswerter herausstellt, muß das Unwerturteil an den unmittelbaren oder unmittelbaren Erfolg anknüpfen. Näheres u. Ziff. 5.

objektiven Rechtfertigungssituation rechtmäßig ist. Oder im Hinblick auf § 904 BGB (84) präziser ausgedrückt:

Wäre der Erfolg rechtmäßig, wenn er bei vorhandener objektiver Komponente eines Rechtfertigungsgrundes durch eine Handlung herbeigeführt ist, die von dem entsprechenden subjektiven Rechtfertigungselement getragen wurde, so muß das gleiche auch dann gelten, wenn dieses fehlt.

Damit bedarf der o. § II, 3, A aufgestellte Grundsatz, daß ein Erfolg dann rechtswidrig ist, wenn er durch eine Handlung, die einen Normverstoß darstellt, verursacht wurde, angesichts der Rechtfertigungsgründe dahin einer Ausnahme, daß trotz Normverstoßes ein Erfolg dann rechtmäßig ist, wenn er auch ohne einen solchen rechtmäßig wäre.

Die Aufstellung dieses Satzes bedeutet aber nichts anderes, als daß die Unrechtsqualität der Handlung und die des verursachten Erfolges verschieden sein kann. Eine rechtswidrige Handlung kann mit anderen Worten einen rechtmäßigen Erfolg haben, wie auch umgekehrt aus einer rechtmäßigen Handlung sich ein rechtswidriger Erfolg ergeben kann.

Fischer hat bereits 1911 (85) in einer eingehenden Untersuchung auf diese Erscheinung hingewiesen und als Beispiele für diesen Satz den Eigentumserwerb des bösgläubigen Spzifikanten, § 950 BGB, und den Eigentumserwerb gemäß § 932 BGB angeführt (86). Er (87) wie auch Bienenfeld (88) vertreten jedoch die Meinung, daß ein rechtmäßiges Verhalten niemals in einen rechtswidrigen Zustand münden könne. Auf einem anderen Standpunkt steht insbesondere Beling, der, soweit erkennbar, zuerst diesen Gedanken unter Hinweis auf rechtmäßig handelnde Vollzugsorgane

(84) Näheres dazu u. Ziff. 5, c.

(85) AaO, 91 ff; vgl. ferner Beling, Lehre vom Verbrechen, aaO, 176 ff; ders., Grenzzlinien, aaO, 29 ff; Leonhard, Schuldrecht II, aaO, 673; Nagler, Rechtswidrigkeit, aaO, 52 f; ähnlich auch Wussow, NJW 58, 892. Vgl. auch das Parallelproblem bei der öffentlichrechtl. Entschädigung für rechtmäßige Eingriffe des Staates in private Interessen.

(86) Gerade in dem letztgenannten Fall liegt bei leichter Fahrlässigkeit des Erwerbers eine fahrlässige Eigentumsverletzung i. S. von § 823 Abs. 1 BGB vor. Dennoch ist hier eine Haftung stets verneint worden, vgl. BGH JZ 56, 490.

(87) AaO, 102.

(88) AaO, 410.

des Staates, die materiell rechtswidrige Anordnungen durchsetzen, ins Feld geführt hat (89). Auch sein Hinweis auf die Tatbestände der Gefährdungshaftung kann als Beleg für die Möglichkeit rechtswidriger Zustände aus rechtmäßigem Verhalten angeführt werden (90).

Allerdings muß man hier beachten, daß die Gefährdungshaftung nicht nur Haftung für schuldloses Unrecht, sondern schlechthin ein Entstehen für Schäden bedeutet, die aus rechtlich indifferenten Betriebshandlungen herrühren und gegen die der Betroffene trotz ihrer generellen Gefährlichkeit nichts unternehmen kann. Es wäre daher eher auf die einzelne - sachgemäße - Betriebshandlung abzustellen, die wegen der ihr innewohnenden Gefahren den Schaden verursacht, als auf den rechtlich neutralen Betrieb.

In diesen Beispielen wird der Schluß, daß rechtmäßige Handlungen rechtswidrige Zustände herbeiführen können, offenbar deshalb gezogen, weil die Handlung als solche nicht zu verbieten ist und man gegen sie auch keine Vorkehrungen treffen kann (91), während man das eingetretene Handlungsergebnis nicht ohne Ausgleichsmöglichkeit hinzunehmen braucht. Daran erkennt man, daß das Kriterium des rechtswidrigen Erfolges die an ihn geknüpfte Ersatzpflicht ist (92), oder wenn man nach überpositiven Gesichtspunkten sucht, die Einstandspflicht des Schadensstifters, die entweder durch einen Normverstoß begründet wird oder bei Normbefolgung ihren Grund findet in der dem Betroffenen rechtlich aufgezwungenen Duldung des Eingriffs. Näheres o. § II, 3.

(89) Z. B. Verhaftung Unschuldiger u.ä. Zustimmung auch Stoll, JZ 58, 142.

(90) Vgl. Stoll, JZ 58, 142; Maurach, A. T. 435, unterscheidet hier zwischen dem erlaubten Betrieb als solchem und der einzelnen schadenstiftenden Betriebshandlung. Letztere soll allerdings wegen des Erfolges stets fehlerhaft sein, ein Satz, der m. E. zu weit geht, wie die Fälle des Mitverschuldens des Verletzten beweisen. Näheres u. § VII, 4 und 5.

(91) Stoll, aaO, 142.

(92) Bemerkenswert allerdings der Fall des § 932 BGB. Trotz Aufopferung des Eigentums zugunsten der Verkehrssicherheit keine Ersatzverpflichtung des leicht fahrlässigen Erwerbers. Ausgleich nur über § 816 BGB möglich. Vgl. aber das sog. Lösungsrecht in mittelalterlichen Rechtssystemen, in Art. 2280 cc, im ALR und in Art. 94 EGBGB.

Wenn Merkmale eines rechtswidrigen Erfolges die an ihn geknüpfte Ersatzpflicht oder Rechtsfolgen anderer Art (wie Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch) sind, so läßt sich als weiteres Beispiel für die Erscheinung, daß aus rechtmäßigen Handlungen rechtswidrige Zustände hervorgehen können, der § 904 BGB anführen (93). Auch hier liegt eine rechtmäßige Handlung vor, die der Eigentümer des angegriffenen Rechtsgutes zunächst einmal ohne Abwehrmöglichkeit hinnehmen muß. Gleichwohl hat das Gesetz ausdrücklich eine Ersatzpflicht für die aus dieser Handlung entstehenden Schäden normiert. Ein Vergleich des § 904 BGB mit dem ähnlich strukturierten § 228 BGB ist aufschlußreich. Bei der letzteren Vorschrift fehlt die Normierung einer Ersatzpflicht für den Regelfall. Diese tritt nur dann ein, wenn der Notstandstäter die Gefahr selbst verschuldet hat. Das bedeutet also, daß nach dem oben gefundenen Grundsatz der Erfolg als rechtmäßig angesehen wird. Es folgt mithin hier aus einer rechtmäßigen Notstandshandlung - die Rechtmäßigkeit der Handlung ergibt sich aus dem subjektiven Rechtfertigungselement - ein rechtmäßiger Zustand. Anders bei § 904 BGB. Hier liegt zwar auch eine rechtmäßige Handlung vor. Doren Folgen sollen aber nicht dauernd den geschädigten Eigentümer belasten. Die Normierung der Ersatzpflicht ist als Ausnahme von der Regel aufzufassen, daß aus rechtmäßigen Handlungen nur rechtmäßige Erfolge resultieren. Der innere Grund für die Einstandspflicht des Notstandstäters bei § 904 BGB liegt auch hier wieder in der dem Eigentümer genommenen Abwehrbefugnis. Daß dieses Prinzip nicht auch bei § 228 BGB eine Ersatzpflicht fordert, ist aus der andersgearteten Notlage zu verstehen. Bei § 904 BGB wird eine unbeteiligte fremde Sache angegriffen, während bei § 228 BGB die Gefahr gerade von der fremden Sache ausgeht.

4. Der Satz von der Einheit der Rechtsordnung

Verstößt das innerhalb der Unrechtslehre gefundene Ergebnis, daß Handlung und Erfolg verschiedene Unrechtsqualität haben können, sei es, daß aus einer rechtmäßigen Handlung ein rechtswidriger Erfolg resultiert, sei es, daß eine rechtswidrige Handlung einen rechtmäßigen Erfolg zeitigt, nicht gegen das Prinzip der Einheit der Rechtsordnung?

Die Handlung des Täters im Beispiel b) ist rechtswidrig, da sie nicht von einem subjektiven Rechtfertigungselement getragen ist, und führt dennoch zu

(93) Ebenso: §§ 867, 917, 962 BGB, 26 GewO, 12 Abs. 2 LVG. Vgl. auch Bienenfeld, aaO, 474.

einem rechtmäßigen Erfolg. Im Strafrecht wäre dieselbe Handlung als vorsätzliche und rechtswidrige Sachbeschädigung zu qualifizieren (§ 303 StGB). Einigkeit besteht also über die Rechtswidrigkeit der Handlung. Über die Unrechtsqualität des Erfolges sagt das Strafrecht nichts aus, da er für dessen Zwecke von untergeordneter Bedeutung ist. Die Handlung als solche ist also einheitlich in beiden Teilgebieten der Rechtsordnung als rechtswidrig gekennzeichnet, während der Zustand, den die Handlung herbeiführt, rechtmäßig ist. Das Strafrecht trifft hierüber keine entgegenstehende Feststellung.

Übrigens ist der scheinbar evidente Satz von der Einheit der Rechtsordnung nicht ohne Ausnahme, sondern begrenzt durch die Ordnungsfunktion der einzelnen Rechtsgebiete. So wurde im Zivilrecht bis zur Entscheidung des BGH vom 4.3.1957 (94) die unvorsätzliche Verletzung eines der in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechtsgüter trotz Innehaltung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt für rechtswidrig erachtet, während das Strafrecht schon seit langem in diesem Falle die Rechtswidrigkeit verneinte. Im Zivilrecht war also die Verletzung zwar rechtswidrig, aber nicht schuldhaft, im Strafrecht dagegen rechtmäßig. Damit schon ist der Satz, daß alles, was in irgendeinem Bereich des Rechts als rechtswidrig zu gelten hat, auch in anderen Bereichen als Unrecht qualifiziert werden muß, durchbrochen. Er wird heute noch von denen, die sich gegen die Übernahme eines handlungsbezogenen Unrechts aussprechen, mißachtet (95).

Dagegen ist gerade die hier aufgestellte Theorie über die Verschiedenheit der Unrechtsqualität von Handlung und Erfolg geeignet, die Bedenken zu entkräften, die gegen die Anerkennung des Handlungsunwerts im Zivilrecht geäußert worden sind (96). Allerdings ist es dazu erforderlich, zwei voneinander zu trennende Rechtswidrigkeitsbegriffe einzuführen. Zwar ist es nicht nötig, ganze Teilgebiete des Zivilrechts einheitlich dem einen oder dem anderen Unrechtsbegriff zu unterstellen, nämlich einen sachverhaltsbezogenen dort anzunehmen, wo die Abwehrbefugnis des Betroffenen in Frage steht (z. B. bei §§ 227, 858, 1004 usw. BGB), und einen handlungsbezogenen dort, wo es sich um die deliktische Haftung schlechthin handelt (97). Untragbare Konsequenzen des Handlungsunrechts, die mit der auf Erfolgsunrecht abgestellten Konzeption

(94) Vgl. o. § I, 1.

(95) Das läßt Stoll, aaO, 141 unberücksichtigt.

(96) Vgl. Bindokat, JZ 58, 553; Dunz, NJW 60, 507; May, NJW 58, 1262; Schmidt, NJW 58, 488; Stoll, JZ 58, 137; Wussow, NJW 58, 891.

(97) So Stoll, aaO, 141.

des Zivilrechts im Widerspruch stehen, lassen sich zwar auch so vermeiden. Besser ist es jedoch, bei beiden Gruppen je einen einheitlichen handlungsbezogenen Rechtswidrigkeitsbegriff zu schaffen, sofern der Handlung überhaupt Bedeutung zukommt (z. B. bei § 826 BGB), und einen erfolgsbezogenen zu befürworten, sofern es sich um den über die Haftung letztlich bestimmenden Erfolgstatbestandteil der Haftungsgründe handelt. Näheres u. § VII, insbesondere Ziff. 5.

5. Die Beispiele

Fall a)

Hier bestehen keine Bedenken, den Satz von der Verschiedenheit der Unrechtsqualität von Handlung und Erfolg anzuwenden. Da der Täter ohne das erforderliche subjektive Rechtfertigungselement des Verteidigungswillens handelt, ist seine Handlung eine rechtswidrige Tötungshandlung, die ihren Unwertcharakter von dem sie tragenden Tötungswillen empfängt, der nicht von dem Verteidigungswillen überlagert wird. Die Handlung als solche unterscheidet sich in keiner Weise von der eines Totschlägers. Daß sie gleichsam zufällig in einer objektiven Notwehrlage vorgenommen wird, ändert nichts an ihrem Unrechtsgehalt.

Mit dieser Feststellung ist jedoch noch nichts über die Rechtswidrigkeit des Erfolges ausgesagt. Der Wert oder Unwert des Erfolges kann nur nach selbständigen Gesichtspunkten bestimmt werden. Die Unwertigkeit der Handlung hat allenfalls Indizcharakter. Dieser wird aber dann hinfällig, wenn eine objektive Rechtfertigungssituation gegeben ist. Es kann dann nicht allein von der Vorstellung des Täters abhängen, ob der eingetretene Erfolg rechtmäßig oder rechtswidrig ist. Denn auch im umgekehrten Fall, wenn der Täter zwar die Vorstellung hat, sich zu verteidigen und auch deshalb handelt, die objektive Rechtfertigungslage jedoch fehlt, vermag die vom Standpunkt des Täters aus billigenswerte Handlung nichts an der Rechtswidrigkeit des Erfolges zu ändern. Letztere ist vielmehr nach objektiven Maßstäben vom Standpunkt des Verletzten aus zu beurteilen (98). Für die Unrechtsqualität der Hand-

(98) Vgl. v. Jhering, Schuldmoment, aaO, 4 f. Hier wird das Verhältnis von Eigentümer und gutgläubigem Besitzer behandelt und die Frage aufgeworfen: "Wie sollen wir den Zustand des gutgläubigen Besitzes einer fremden Sache bezeichnen? Ein rechtmäßiger ist es nicht; es bleibt also nichts anderes übrig, als ihn einen unrechtmäßigen zu nennen."

lung sind andere Merkmale ausschlaggebend (99), für die des Erfolges sind jedoch objektive Kriterien entscheidend. Denn der Erfolg manifestiert einen Einbruch in die geschützte Rechtssphäre des Opfers, für das die in der Person des Handelnden liegenden Unrechtselemente unwesentlich sind. Das wird auch von den Vertretern des personalen Unrechts allgemein zugegeben (100).

Betrachtet man den im Beispiel a) eingetretenen Erfolg als solchen, so kommt man zu dem Schluß, daß wohl die Tötungshandlung, nicht aber der Todeserfolg rechtswidrig sein kann. Denn dieser Erfolg war in dieser Situation (obj. Seite des § 227 BGB) vom Recht gebilligt, gleichgültig, ob er durch A selbst oder durch einen Dritten herbeigeführt wurde (101).

Würde man hingegen den Erfolg im Fall a) als rechtswidrig ansehen, so wäre an einer Ersatzpflicht des Täters nach § 823 BGB nicht zu rütteln. Das ist aber wegen Vorliegens der objektiven Rechtfertigungslage des § 227 BGB eine unbefriedigende Lösung. Das Strafrecht, das bezüglich der Strafbarkeit des A vor dem analogen Problem steht, kann mit voller Berechtigung die Tat als tatbestandsmäßige, rechtswidrige und schuldhaftige Tötung verstehen. Denn hier kommt es nicht auf einen gerechten Ausgleich des Schadens, sondern auf die betätigte, sozialetisch verwerfliche Gesinnung des Täters an.

Im Zivilrecht, das - abgesehen von wenigen Ausnahmefällen (102) - auf den Verletzten und seine Rechtsgüter abstellt, ist es jedoch nicht möglich, eine Schadensersatzpflicht des A zu bestimmen, da diese Rechtsfolge nichts anderes bedeuten würde als eine zivilrechtliche Ahndung des in der Handlung liegenden Unwerts.

Dabei ist allerdings vor einem Mißverständnis zu warnen. Die Rechtmäßigkeit des Erfolges tritt nur dann ein, wenn die objektive Seite eines speziellen Rechtfertigungsgrundes vorliegt. In allen anderen Fällen, in denen sich der Erfolg infolge von Umständen, die dem Täter unbekannt waren, nachträglich als günstig herausstellt, bleibt er dennoch rechtswidrig, da das Urteil der Rechtswidrig-

Auch hier vermag mithin eine veränderte subjektive Einstellung des Besitzers, nämlich die nachträgliche Bösgläubigkeit, nichts an der bereits bestehenden Unrechtsslage zu ändern. Vgl. auch Bindokat, aaO, 554; Fischer, aaO, 118.

(99) Vgl. o. § III.

(100) Vgl. Welzel, Neues Bild, aaO, 27; ders., Strafrecht, aaO, 56.

(101) Vgl. Beling, Grenzzlinien, aaO, 29.

(102) Vgl. o. § IV, 4 a. E.

keit - von den hier gebrachten Ausnahmefällen abgesehen - auf den unmittelbaren tatbestandsmäßigen Erfolg bezogen bleiben muß.

Beispiel

A stellt in einem Eisenbahnabteil seinen Koffer so waghalsig in das über B befindliche Gepäcknetz, daß beim Anfahren des Zuges der Koffer dem B auf den Kopf fällt. B bedankt sich darauf freudig bei A, weil er durch den Sturz des Koffers von einem langjährigen Sprachleiden geheilt wurde.

Wo soll hier die zeitliche Grenze bei der Berücksichtigung derartiger günstiger Folgen gezogen werden? Ein Erfolg kann nicht so lange als rechtswidrig gelten, bis vielleicht infolge der Verletzung doch noch einmal ein günstiges Ergebnis eintritt - etwa eine Heilung. Derartige Umstände können daher allenfalls bei der Frage der Schadensberechnung (hypothetischer Kausalzusammenhang, Vorteilsausgleichung; Näheres u. § VII), nicht aber bei der Rechtswidrigkeit eine Rolle spielen. Die Berücksichtigung günstiger Folgen, die über den tatbestandsmäßigen Erfolg hinausgehen, ist daher nur innerhalb der Rechtfertigungsgründe am Platz (103). Freilich sind nicht bei allen Rechtfertigungsgründen solche günstigen Folgen erkennbar. Das ist nur bei denen der Fall, die auf dem Prinzip der Güterabwägung aufbauen, in denen also auch bereits im Augenblick des Eingriffs die Höherwertigkeit des geretteten Gutes erkennbar ist (104).

Ergebnis:

Die Handlung des A (Beispiel a) ist somit wegen des ihr innewohnenden Hand-

(103) AA. Beling, Grenzlinien, aaO, 28: "Ein Waldbrand kann mit der Verteilung schädlicher Insekten verbunden sein, eine vom Täter als Körperverletzung gedachte und wegen ihrer objektiven Eignung dazu vom Gesetz verbotene Handlung kann in eine Heilung dessen, dem sie schaden sollte, auslaufen. Offensichtlich bedeutet das Vertilgtwerden der Insektenbrut und die Heilung nichts Rechtswidriges unbeschadet der bestehen bleibenden Rechtswidrigkeit der Handlung, aus der sich diese Folgen ergaben."

(104) Anders bei der Notwehr. Hier kann man nicht sagen (Fall a), daß die Tötung des B gegenüber der des A die günstigere Folge wäre. Dennoch ist auch hier der Erfolg rechtmäßig, da es eben grundsätzlich nicht darauf ankommt, daß die Folge, die unter die objektive Seite eines Rechtfertigungsgrundes fällt, günstiger als eine andere ist.

lungsunwerts rechtswidrig, während der Erfolg rechtmäßig ist, so daß eine Schadensersatzpflicht entfällt (105).

b. Fall b

In Betracht kommt eine Rechtfertigung gemäß § 228 BGB. Nach dem Wortlaut besteht kein Zweifel an dem Erfordernis des subjektiven Rechtfertigungselementes, des Rettungszwecks. Der Täter muß handeln, um eine durch die Sache drohende Gefahr von sich oder einem anderen abzuwenden. Aus dem Finalsatz geht eindeutig hervor, daß eine Handlung, die nach dem Willen des Täters nicht der Gefahrenabwehr dienen soll, nicht rechtmäßig ist. In der Sprache des Gesetzes gesagt: Der Täter handelt dann widerrechtlich. Es legt hier den Akzent auf die Handlung und enthält sich wie üblich einer Aussage über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Erfolges. Ohne Zweifel sind bei Vorliegen der objektiven und subjektiven Seite des § 228 BGB sowohl Handlung als auch Erfolg rechtmäßig. Fehlt jedoch die subjektive Komponente, so ist damit lediglich erst der Unwert der Handlung festgestellt. Etwas Gegenteiliges läßt sich aus dem Wortlaut des § 228 BGB nicht entnehmen. Es ist daher auch hier die Möglichkeit gegeben, bei Vorliegen der objektiven Seite des § 228 BGB den Erfolg als rechtmäßig anzusehen, auch wenn die Handlung des Täters einen eindeutigen Normverstoß darstellt, wenn der Täter also nur die Zerstörung einer fremden Sache im Auge hatte.

Demnach ist im Beispiel b) zwar die Handlung rechtswidrig, der Erfolg hingegen rechtmäßig, da er der objektiven Rechtfertigungssituation des § 228 BGB entspricht. Oder soll man wirklich dem B generell einen Ersatzanspruch zubilligen, um ihn dann vielleicht wieder unter Zuhilfenahme der hypothetischen Kausalität - der Hund hätte ohnehin getötet werden müssen - wieder in Frage zu stellen (Schadensanlage der zerstörten Sache (106)), weil man die Unbilligkeit dieser Lösung nur allzu deutlich empfindet, zumal der A einer strafrechtlichen Sanktion nicht entgehen wird (107).

(105) Leider fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, wie solche Fälle, die wegen Unauflösbarkeit eines derartigen Sachverhalts sicher selten sind, von den Zivilgerichten entschieden worden sind. Über die unsichere Beurteilung selbst im Strafrecht vgl. Maurach, A. T. aaO, 241-243.

(106) Vgl. E.-Lehmann, aaO, §15 III, 4; Palandt, aaO, § 249 Anm. 5, d, ff.

(107) Auch hier ist davor zu warnen, jeden Erfolg, der durch eine Reserveursache herbeigeführt worden wäre, als rechtmäßig anzusehen. Das ist nur dann der Fall, wenn dieser Erfolg zugleich der objektiven Rechtfertigungssituation entspricht. Näheres u. § VII, 3.

c. Fall c)

Eine Rechtfertigung gemäß § 904 BGB ist zu erwägen. Auch dort betont das Gesetz, wenn auch nicht so zwingend wie durch die Finalsätze in §§ 227, 228 BGB, die subjektive Seite des Rechtfertigungsgrundes, indem es nur diejenige Einwirkung auf die fremde Sache erlaubt, die zur Abwendung einer Gefahr erforderlich ist. Die zum Erfolg führende Handlung kann also nur rechtmäßig sein, wenn der sie tragende Verletzungsvorsatz von dem subjektiven Rechtfertigungselement (Rettungszweck) kompensiert wird. Ist das der Fall, so ist der sich aus der Handlung ergebende Erfolg nicht ebenfalls rechtmäßig, sondern rechtswidrig, wie die in § 904 BGB allgemein normierte Ersatzpflicht zeigt (108).

Fehlt nun die subjektive Komponente des Rechtfertigungsgrundes, so ist die Handlung nach den oben genannten Grundsätzen ohne weiteres rechtswidrig. Da aber der Erfolg sogar bei wertvoller Handlung rechtswidrig wäre, so muß das auch dann gelten, wenn der Handlung ein Unwert anhaftet. Denn das Vorliegen der objektiven Rechtfertigungssituation des § 904 BGB kann dem eingetretenen Erfolg eben nicht die Rechtswidrigkeit nehmen, wie das bei anderen Rechtfertigungsgründen der Fall ist. Das folgt aus dem Eingriff in die Rechtsgüterwelt des Betroffenen, der nicht von ihm veranlaßt oder gebilligt ist. Es handelt sich in § 904 BGB lediglich um die Normierung einer Duldungspflicht aus Gründen überwiegender Interessen. Das nimmt dem Eingriff oder genauer gesagt, dem durch den Eingriff geschaffenen Zustand, nicht den Unwertcharakter im Hinblick auf den Betroffenen (109).

Die Analogie zum enteignungsgleichen Eingriff und dem Aufopferungsanspruch des öffentlichen Rechts ist auffällig. Auch für das Recht der öffentlichrechtlichen Entschädigung ist die Streitfrage, ob aus einem rechtmäßigen Eingriff ein rechtswidriger Zustand resultieren könne, erneut erörtert worden (110). Hier ist man überwiegend der Ansicht, daß aus rechtmäßigem Handeln rechtswidrige Zustände entstehen können (111).

(108) Vgl. o. § II, 3.

(109) Das mag Binding, Handbuch aaO, 765, zu der Feststellung veranlaßt haben, die Notstandshandlung sei nicht rechtmäßig, aber unverboden, während die Notwehrlage ein Notrecht gewähre.

(110) Vgl. Bachof, aaO, 127; Katzenstein, MDR 52, 195; Sieg, IZ 56, 178; Schack, JZ 56, 428; ders., Verh. d. 41. DJT, 28 Anm. 111; Klausning, ZAkDR 39, 539.

(111) Vgl. Bachof, aaO: "Der Vollzugsakt als solcher ist, sofern ihm nicht

Ergebnis:

Es handelt sich also im Fall c) um eine rechtswidrige Handlung, die trotz Vorliegens der objektiven Seite eines Rechtfertigungsgrundes einen rechtswidrigen Erfolg herbeiführt.

§ VI. RECHTFERTIGUNG VON FAHRLÄSSIGKEITSTATEN

1. Problemstellung

Der vom BGH aufgestellte Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens fällt aus dem Rahmen der bekannten Rechtfertigungsgründe heraus. Diese gewähren Eingriffsrechte in fremde Rechtsgüter, und zwar sowohl dem vorsätzlich wie dem fahrlässig Handelnden. Anders beim verkehrsrichtigen Verhalten. Greift jemand vorsätzlich handelnd in die fremde Rechtsgüterwelt ein, so wird dieser Eingriff nicht dadurch rechtmäßig, daß der Schädiger sich hierbei an die allgemeinen Sorgfaltsanforderungen hält, also etwa den Eingriff nach allen Regeln der Kunst ausführt, so daß außer dem Betroffenen niemand geschädigt oder gefährdet wird (112). Die Schädigungsvorsatz schließt vielmehr die Berufung auf den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens aus, da jeder vorsätzlich Schädigende die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zumindest gegenüber dem Verletzten außer acht läßt (113). Der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens kann sich also nur auf unvorsätzliche Schadenszufügungen beziehen.

Unter welchen Voraussetzungen aber überhaupt eine Rechtfertigung von unvorsätzlichen Taten möglich ist, soll anhand der folgenden Fälle untersucht werden.

- a) A wird von dem kräftigeren B beharrlich angegriffen. Wegen seiner körperlichen Unterlegenheit kann sich A mit seinen Kräften allein des B nicht erwehren. Deshalb erfaßt er eine alte Zaunlatte, in deren Enden einige große verrostete Nägel stecken - eine andere Waffe ist nicht greifbar - ,

etwa selbst ein besonderer Fehler anhaftet, rechtmäßig; aber die etwaige Rechtswidrigkeit des vollzogenen Verwaltungsaktes wird dadurch in keiner Weise beeinträchtigt."

(112) Vgl. Dunz, NJW 60, 508; Wussow, NJW 58, 892.

(113) Vgl. Planck-Siber, aaO, II, 1 § 276 Anm. 2 b, B, bb (S. 221).

und versetzt dem B einen gezielten Schlag auf den Kopf. Darauf läßt B von seinem Angriff ab. Die Nägel haben häßliche Rißwunden verursacht, B stirbt später an Blutvergiftung (114).

- b) A befindet sich in einer von B hervorgerufenen Notwehrlage. Er reinigt gerade sein Gewehr und tötet versehentlich den B, der bereits auf ihn angelegt hatte.
- c) A geht in Angriffsabsicht mit gezücktem Messer auf B los. Er stolpert hierbei über einen von C gelegten und fahrlässig vergessenen Stacheldraht und verletzt sich derart, daß er von seinem beabsichtigten Angriff abstecken muß (115).
- d) Der Arzt A wird zu einem Verletzten gerufen, der zu verbluten droht. Er fährt mit seinem Pkw möglichst schnell zur Unfallstelle, um erste Hilfe leisten zu können. Beim Durchfahren einer Kurve kommt er infolge seiner hohen Geschwindigkeit ins Schleudern und beschädigt dabei den parkenden Pkw des B. Der Verletzte kann durch die rasche Hilfe gerettet werden.
- e) Wie Fall d), nur will A nicht zu dem Verletzten, sondern zum Kegelabend seines Vereins fahren. Er kommt rein zufällig zur Unfallstelle, wo er infolge seines schnellen Fahrens und der begangenen Unfallflucht noch so rechtzeitig eintrifft, daß er den B retten kann.

2. Voraussetzungen für die Rechtfertigung fahrlässiger Erfolgsverursachungen

Das Zivilrecht hat - soweit ersichtlich - der Rechtfertigung von Fahrlässigkeitstaten bisher keine Beachtung geschenkt. Grundsätzlich ist auch hier eine Rechtfertigung unter denselben Voraussetzungen möglich wie bei den Vorsatztaten (116). Insbesondere bedarf es auch hier zur Rechtfertigung der Handlung der Kongruenz der subjektiven und objektiven Rechtfertigungselemente. Der Täter muß also den sozial wertvollen außertatbestandlichen Erfolg nicht nur tatsächlich erreicht haben, sondern muß ihn haben erreichen wollen und gerade um deswillen gefährlich gehandelt haben. Nur dann kann eine Rechtfertigung der Handlung eintreten, die das unerwünschte Ergebnis

(114) Beispiel von Niese, Finalität, aaO, 20.

(115) Beispiel von Maurach, A.T. aaO, 436.

(116) Vgl. Maurach, A.T. aaO, 436; Noll, aaO, 56.

zeitigte, etwa die Beschädigung des parkenden Wagens (Fall d). Und zwar tritt die Rechtfertigung ein, obwohl der Täter im konkreten Fall unvorsichtig, unter Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt handelte. Denn wie bei einer Vorsatztat das subjektive Rechtfertigungselement den auf die Rechtsgüterverletzung gerichteten bösen Willen gleichsam überlagert und ausschaltet, so kompensiert mit noch größerer Berechtigung bei den Fahrlässigkeitstaten das subjektive Rechtfertigungselement die objektive Sorgfaltspflichtverletzung. Denn hier steht der Täter in einer ihm bewußten Zwangslage, die von ihm ein schnelles, oftmals seine Fähigkeiten übersteigendes Handeln erfordert. Wenn er in dieser anormalen Situation dem Konflikt nur mit außergewöhnlichen Mitteln begegnen kann, so kann häufig von einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung überhaupt keine Rede sein. Denn je anormaler die Verhältnisse sind, umso größer ist das Maß der allgemein zuzubilligenden Toleranz bei der Normbefolgung (117). Oder anders ausgedrückt: Wenn der Täter objektiv in Ausübung eines anerkannten Eingriffsrechts handelt und aus diesem Grunde auch handeln will, so bleibt für die Feststellung, daß er hierbei die verkehrsmäßige Sorgfalt außer acht gelassen hat, kein Raum. Andernfalls würde sich jeder, der in dieser Situation vorsätzlich handelt, also fremde Rechtsgüter verletzen will, besser stehen (118). Das würde aber eine durch nichts gerechtfertigte Besserstellung des mit höherem Unrechtsgehalt Handelnden bedeuten.

Mit der Feststellung, daß die Handlung rechtmäßig sein kann, ist aber nach der hier vertretenen Auffassung über die verschiedenen Unrechtsqualitäten von Handlung und Erfolg noch nichts über die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Erfolges gesagt. Diese Frage ist vielmehr anhand der oben § II, 3 und § V, 3 aufgestellten Grundsätze zu beantworten. Liegt also der "objektive Tatbestand" eines Rechtfertigungsgrundes vor und wäre in diesem Fall der eingetretene Erfolg rechtmäßig (Ausnahme also § 904 BGB), so macht es keinen Unterschied, ob der Täter mit subjektivem Rechtfertigungselement gehandelt hat oder nicht.

(117) Vgl. Maurach, A.T. aaO, 441/442.

(118) Das verkennt das OLG Frankfurt, NJW 50, 119, das die Tat eines Grenzpolizisten, der einen Flüchtenden bei der Abgabe von Schreckschüssen, also unvorsätzlich, getötet hat, obwohl er auch zur Abgabe von gezielten Schüssen berechtigt gewesen wäre, nur dann für rechtmäßig hält, wenn er vorsätzlich getötet hätte. Dagegen mit Recht Maurach, A.T. aaO, 436/437; Niese, Finalität, aaO, 47.

Wenn es richtig ist, daß die Unrechtsqualität des Erfolges eigenen Wertungsgesichtspunkten unterliegt und die Qualität der den Erfolg herbeiführenden Handlung hierfür von untergeordneter Bedeutung ist, so bestehen keine Bedenken, das Unrecht des Erfolges, der durch eine unvorsätzliche "Handlung" verursacht ist, nach denselben Grundsätzen zu bestimmen wie bei einem durch eine vorsätzliche Handlung herbeigeführten Erfolg. Denn der fahrlässig gesetzte Erfolg unterscheidet sich in keiner Weise von einem vorsätzlich verursachten. Die Erfolgstatbestandteile beider Verursachungsmodalitäten - der vorsätzlichen und der unvorsätzlichen - weisen keine Unterschiede auf. Lediglich die Handlungstatbestände sind voneinander verschieden (119).

3. Die Beispiele

a. Fall a)

Da A mit dem Verteidigungswillen handelt, den § 227 BGB erfordert, ist die Handlung als solche rechtmäßig. Das wird bei einer Abwandlung des Beispiels noch deutlicher. Angenommen A hätte sich gesagt, ich verteidige mich mit der Latte, selbst eine tödliche Blutvergiftung ist mir recht. Hier läßt die bedingt vorsätzliche Todesverursachung, die von einem subjektiven Rechtfertigungselement getragen wird, keine Zweifel an der Rechtmäßigkeit des Handelns aufkommen. Das kann nicht anders sein, wenn A zwar auch wieder den Tod des B in seine Betrachtung einbezieht, ihn aber zu vermeiden hofft und die Latte mit den rostigen Nägeln nur gebraucht, weil sie sein letztes Verteidigungsmittel ist. Sollte dieser kleine Schritt vom bedingten Vorsatz zur bewußten Fahrlässigkeit etwas an der Unrechtsqualität der Handlung ändern können? Das würde - wie gesagt - eine ungerechtfertigte Bevorzugung des mit größerem Unrechtsgehalt handelnden Täters bedeuten, nämlich seine Handlung eher rechtfertigen als die des nur fahrlässigen Rechtsbrechers.

Da auch die objektive Seite des § 227 BGB vorliegt, ist der Erfolg ebenfalls rechtmäßig. Näheres o. § II, 3 und § V, 3.

b. Fall b)

Hier bestehen keine Zweifel an der Rechtswidrigkeit der Handlung. Diese unterscheidet sich in keiner Weise von der eines unvorsichtigen Schützen, der sorglos mit seiner Waffe hantiert und irgendeinen Passanten erschießt. Der

(119) Vgl. o. § III, 2 u. 3.

Handlungsunwert liegt hier wie bei allen fahrlässigen Erfolgsverursachungen in dem Abweichen von den allgemeinen Sorgfaltsanforderungen begründet. Es fehlt an der Kompensation dieses Unwerts durch ein subjektives Rechtsfertigungselement.

Der Erfolgsunwert entfällt jedoch, da der eingetretene Erfolg in dieser Situation vom Recht gebilligt ist und es keinen Unterschied macht, ob er vorsätzlich oder fahrlässig verursacht ist. Näheres o. § V, 3 und o. Ziff. 2 a. E.

c. Fall c)

Die dem B von C geleistete Nothilfe würde zu ihrer Rechtfertigung ebenfalls das Vorliegen eines subjektiven Rechtsfertigungselementes verlangen. Da C sich jedoch über seine Unterlassung überhaupt keine Gedanken gemacht hat, jedenfalls nicht im Hinblick auf die vorliegende Notwehrlage, ist seine Unterlassung als fahrlässige Körperverletzung zu kennzeichnen. Die Handlung als solche ist mithin rechtswidrig.

Dennoch tritt keine Ersatzpflicht gegenüber A gemäß § 823 BGB ein, da der Erfolg nach den genannten Grundsätzen rechtmäßig ist.

d. Fall d)

Das Handeln des Arztes ist vom subjektiven Rechtsfertigungselement des Rettungszwecks getragen (§ 904 BGB). Zwar ist der Eingriff in das Eigentum des unbeteiligten B durch Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt herbeigeführt. Die in dieser Feststellung prima facie liegende Mißbilligung der Handlung wird jedoch dadurch entkräftet, daß das gesamte Handeln auf einen billigenwertigen, dem § 904 BGB unterfallenden Zweck gerichtet war. Die Handlung ist also rechtmäßig.

Daß der Eigentümer den Eingriff dulden muß, könnte durchaus Folge der Rechtmäßigkeit der Handlung sein. Der Einwand, daß der Betroffene nicht die Rechtmäßigkeit des Eingriffs, also die vom Täter verfolgten Zwecke des § 904 BGB erkennen könne, richtet sich in gleicher Weise gegen einen vorsätzlichen Eingriff. Denn auch hier kann der betroffene Eigentümer dem Täter nicht ins Herz sehen und an dem möglicherweise vorhandenen subjektiven Rechtfertigungselement die ihn treffende Duldungspflicht ablesen (120).

(120) AA. Staudinger, aaO, § 904 Anm. 14: "Die Einwirkung muß vorsätzlich, zumindest mit Eventualvorsatz vorgenommen worden sein, RGZ 113, 302;

Dennoch darf man mit Rücksicht auf das verkehrsrichtige Verhalten nicht folgende Gleichsetzung vornehmen: Rechtmäßigkeit der Handlung bedinge eine Duldungspflicht des Betroffenen. Gerade beim verkehrsrichtigen Verhalten besteht keine Duldungspflicht des von einem solchen Betroffenen (121).

OLG 20, 404; Pal. 2a. Läßt ein Abbruchunternehmer einen auffälligen Schornstein durch Seilzug einreißen und stürzt dieser dann in einer nicht vorhersehbaren, anderen als der berechneten Richtung ein, so besteht kein Anspruch aus § 904 S. 2 BGB; KG JR 1950, 345; ebensowenig, wenn ein Kraftfahrer einer von der Straßenbahn plötzlich abspringenden Person ausweicht und dabei unabsichtlich ein entgegenkommendes unbeteiligtes Kfz beschädigt; Karlsruhe, VersR 1952, 183. Wird bei einem Autounfall Sachschaden angerichtet, um ein Menschenleben zu retten, so tritt die Ersatzpflicht nach S. 2 nur ein, wenn der Beweis dafür erbracht wird, daß der Einwirkende zumindest mit Eventualvorsatz gehandelt hat, LG Bielefeld, VersR 1952, 184.

Es ist allerdings systematisch unrichtig, das bewußte und gewollte Einwirken nur unter dem Blickwinkel des Schadensersatzanspruchs zu sehen, wie dies nach den vorstehenden Zitaten meist der Fall ist. Es ist vielmehr die Vorschrift des § 904 BGB überhaupt nicht anwendbar, d.h. die Handlung ist rechtswidrig und verpflichtet nach allgemeinen Gesichtspunkten zum Schadensersatz; da ein bewußtes, also vorsätzliches Handeln (wenigstens in Ansehung des Schadens) gerade nicht vorliegt, kommt Fahrlässigkeitshaftung nach § 823 BGB in Frage ..."

Dieses Ergebnis ist jedoch widersinnig. Zunächst privilegiert es den vorsätzlich Handelnden in ungerechtfertigter Weise gegenüber dem mit geringerem Unrechtsgehalt handelnden fahrlässigen Täter, wenigstens im Hinblick auf die Eingriffsbefugnis. Ferner verkennt es den Unterschied von Vorsatz und subj. Rechtsfertigungselement, als ob das eine von dem anderen abhinge. Außerdem wird dadurch, daß § 904 nur dem Vorsatz-täter vorbehalten wird, die Lage des Betroffenen bei Durchsetzung seines Schadensersatzanspruchs gegenüber dem fahrlässig Handelnden erschwert, da hier allenfalls ein Anspruch aus § 823 gegeben ist. Diese Vorschrift weist aber gegenüber der Haftung aus § 904 zusätzlich noch das vom Betroffenen zu beweisende Merkmal des Verschuldens auf und stellt dadurch denjenigen schlechter, zu dessen Vergünstigung § 904 S. 2, vergleichbar den Tatbeständen der Gefährdungshaftung, gerade normiert wurde.

(121) Vgl. o. § IV und u. § VII, 4.

Entweder ist also die sonst in der Regel zutreffende Gleichsetzung falsch oder die Verkehrsrichtigkeit des Verhaltens ist im Zivilrecht kein Kriterium der Rechtswidrigkeit. Näheres dazu u. § VII, 1.

Auch die Schlußfolgerung: Rechtmäßigkeit des Erfolges bedeute eine Duldungspflicht des Opfers, ist verfehlt - gerade im Hinblick auf § 904 BGB und die anderen Fälle einer dem Berechtigten entzogenen Abwehrbefugnis (122).

Ergebnis:

Die Handlung des Arztes im Fall d) ist rechtmäßig und zeitigt trotzdem einen rechtswidrigen Erfolg, da bei § 904 BGB schlechthin jeder Erfolg als rechtswidrig anzusehen ist ohne Rücksicht auf die Unrechtsqualität der Handlung (123).

e. Fall e)

Hier fehlt das subjektive Rechtfertigungselement, so daß die Handlung des A dem Verdikt der Rechtswidrigkeit unterliegt. An der Rechtswidrigkeit des Erfolges bestehen keine Zweifel.

§ VII. DAS VERKEHRSRICHTIGE VERHALTEN ALS RECHTFERTIGUNGSGRUND

1. Die Verkehrswidrigkeit als Kriterium der Rechtswidrigkeit

Es ist bereits deutlich geworden, daß der sog. Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens aus dem Rahmen der anderen speziellen Rechtfertigungsgründe herausfällt. Er stellt vielmehr ein allgemeines Prinzip dar, das auf die besondere Zielsetzung des Zivilrechts zugeschnitten worden ist. Die Rechtswidrigkeit (sc. der Handlung) soll entfallen, wenn sich jemand verkehrsrichtig verhalten und trotzdem einen tatbestandsmäßigen Erfolg verursacht hat. Die Rechtswidrigkeit (124) soll also abhängen vom Wert oder Unwert der zum

(122) Vgl. o. § II, 3.

(123) Vgl. o. § II, 3 und § V, 3.

(124) Wenn der BGH diesen Satz aufgestellt hat, so ist damit freilich zugleich die Rechtswidrigkeit von Handlung und Erfolg gemeint, da Handlung i. S. der im Zivilrecht herrschenden kausalen Handlungstheorien notwendig den Erfolg mit umfaßt, vgl. dazu o. § II, 3.

Erfolg führenden Handlung. Die Verursachung des Erfolges wäre also ein rechtlich durchaus neutraler Vorgang, dessen Unwert erst positiv durch die Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht festgestellt werden müßte (125). Daß der BGH diese Konsequenz nicht gezogen hat, beweist die Beibehaltung der Indikationswirkung des Tatbestandes, als deren Folge das verkehrsrichtige Verhalten in einen Rechtfertigungsgrund umgewandelt werden mußte (126). Das ändert nichts daran, daß materiell das verkehrsrichtige Verhalten ein Anliegen der Rechtswidrigkeit sein soll, was freilich nicht ohne Auswirkungen auf den Begriff des fahrlässigen Verschuldens bleiben kann (127).

2. Die Unvermeidbarkeit des Erfolges

Wie bereits o. § I, 4 ausgeführt ist die Frage nach dem verkehrsrichtigen Verhalten identisch mit der Frage, ob eine Verletzung der objektiven Sorgfaltspflicht vorliegt. Hat aber jemand unvorsätzlich einen Erfolg verursacht, obwohl er alle geschriebenen und ungeschriebenen Vorschriften, die zur Vermeidung dieses Erfolges dienen sollen, beachtet hat, so kann man rechtlich nicht umhin, den dennoch verursachten Erfolg als unvermeidbar zu bezeichnen. Mehr ist jedenfalls von keinem Normadressaten zur Vermeidung dieses Erfolges zu verlangen.

Der Frage aber, ob die Verkehrswidrigkeit des Verhaltens bzw. die rechtliche Unvermeidbarkeit des Erfolges überhaupt ein Kriterium der Rechtswidrigkeit ist, wurde bisher wenig Beachtung geschenkt. Das Problem ist mithin, ob man von der Unvermeidbarkeit des Erfolges auf die Rechtmäßigkeit der Tat schließen kann (128) (129).

(125) Hiergegen sogar vom Standpunkt des Strafrechts Maurach, A. T. aaO, 435/36.

(126) Näheres o. § I, 3.

(127) Vgl. u. § VIII.

(128) In der Vermeidbarkeit des Erfolges steht auch Bettermann, NJW 57, 986, die entscheidende Frage. Er empfiehlt, auch weiterhin die unvermeidbaren Schädigungen als rechtswidrig aufzufassen. Vgl. auch Baumann, MDR 57, 647; Bindokat, JZ 58, 554.

(129) Eine solche Schlußfolgerung wird von Bindokat, aaO, als unzutreffend abgelehnt, von Baumann, aaO, dagegen bejaht. Bejahend auch Weizel, Strafrecht, aaO, 117; ders., Das neue Bild, aaO, 35; Niese, Finalität, aaO, 64, da nicht jede kausale Rechtsgutverletzung Unrecht sei, wie die sozialadäquaten Schäden beweisen sollen. Vgl. im übrigen die Darstellung bei Maurach, A. T. aaO, 433/434.

Es ist von Interesse, diese Frage einmal in einen weiteren Rahmen zu stellen und Gemeinsamkeiten mit anderen Fallgruppen aufzuzeigen, in denen die Unvermeidbarkeit des Erfolges nicht auf ein verkehrswidriges Verhalten des Handelnden zurückzuführen ist.

Beispiel a)

Bei einer Operation wendet ein Arzt zur Betäubung statt Novokain das contraindizierte Kokain an, an dem der Patient stirbt. Bei der Obduktion stellt sich heraus, daß der Patient wegen einer von vornherein dem Arzt nicht erkennbaren Überempfindlichkeit auch bei der sachgemäßen Novokainanästhesie gestorben wäre (130).

Beispiel b)

Ein Wagen bleibt infolge eines Schadens nachts auf der Landstraße stehen. Seine Schlußbeleuchtung fällt ebenfalls aus. Ein betrunkenener Kraftfahrer sieht den Wagen zu spät und fährt auf. Es steht fest, daß er den Wagen in seiner Trunkenheit auch dann nicht rechtzeitig gesehen hätte, wenn dieser ordnungsgemäß beleuchtet gewesen wäre (131).

Die angeführten Beispiele haben mit den Fällen, in denen trotz verkehrsrichtigen Verhaltens ein tatbestandsmäßiger Erfolg eintritt, gemeinsam, daß bei beiden Fallgruppen der Erfolg rechtlich unvermeidbar war. Sie unterscheiden sich jedoch dadurch von jenen, daß hier der Täter sich verkehrswidrig (unsorgfältig) verhielt, während davon dort gerade keine Rede sein kann.

Untersucht man die zum Erfolg führende Handlung zunächst einmal ohne Rücksicht auf das Handlungsergebnis, so muß festgestellt werden, daß der Arzt in Beispiel a) die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer acht gelassen hat, sei es, daß er sich im Mittel vergriffen hat, sei es, daß er nicht die für seinen Beruf erforderliche Ausbildung und Erfahrung mitbrachte. Da der Handlungsunwert bei Fahrlässigkeitstaten in einer objektiven Sorgfaltspflichtverletzung bzw. in dem mißbilligten Mittel begründet ist (132), ist also über die Handlung als solche das Urteil der Rechtswidrigkeit zu sprechen. Denn selbst wenn ein Zusammenhang zwischen Pflichtwidrigkeit des Täters und dem eingetrete-

(130) Vgl. RG 1 D 555/26 v. 15. 10. 26; Baumann, DAR 55, 210; ders., MDR 57, 647; Exner, Frank Festg. I, 578 ff; Mezger, Lehrb. aaO, Vorwort VII; Nagler in LK aaO, I, 28; Schmidt, Der Arzt im Strafrecht, aaO, 161, 200; Spendel, Kausalitätsformel, aaO, 73; Welzel, Strafrecht, aaO, 116/117.

(131) Nach Baumann, DAR 55, 212.

(132) Vgl. Bienenfeld, aaO, 413.

nen Erfolg fehlen sollte, so wird dadurch nicht die Rechtswidrigkeit der Handlung ausgeschlossen, da hierfür allein die Pflichtwidrigkeit maßgebend ist und der Erfolgstatbestandteil mit dem Unwert der Handlung nichts zu tun hat.

Daß diesfalls eine fahrlässige (unwertige) Handlung des Arztes vorliegt, wird wohl von keiner Seite bestritten. So wollen Schmidt (133) und Spengel (134) bestrafen, weil der Arzt gar nicht falsch hätte handeln dürfen. Hier wird also der Schwerpunkt der Beurteilung auf die Sorgfaltspflichtverletzung gelegt. Ob hier allerdings allein der Handlungsunwert zur Bestrafung ausreicht, mag zwar angesichts der Tatsache, daß das Strafrecht kein allgemeines Fahrlässigkeitsdelikt kennt, zweifelhaft sein, ist aber für das auf den Täter abstellende Strafrecht eher zu vertreten als die entsprechende Rechtsfolge im Zivilrecht, die Schadensersatzpflicht, da das Zivilrecht erfolgsverbundener sein muß.

Maßgebend scheint jedoch zu sein, daß es sich bei der Erfüllung der Tatbestände der §§ 222 StGB und 823 BGB um eine fahrlässige Verursachung und nicht um Verursachung + Fahrlässigkeit handeln muß. An der Kausalität des Täterhandelns für den eingetretenen Erfolg ist in den angeführten Beispielen weder nach der Äquivalenz- noch nach der Adäquanztheorie zu zweifeln. Denn die Handlung kann nicht hinweggedacht werden, ohne daß der Erfolg in seiner konkreten Gestalt (135), nämlich Kokainvergiftung, entfielen. Auch ein atypischer Kausalverlauf, der die Zurechnung nach der Adäquanztheorie ausschließen könnte, liegt nicht vor (136). Ebensowenig ist auch um die Tatsache herumzukommen, daß die Sorgfaltspflichtverletzung zum Tod durch Kokainvergiftung geführt hat. Es besteht daher an einer fahrlässigen Verursachung i. S. der §§ 222 StGB und 823 BGB kein Zweifel (137),

(133) aaO.

(134) aaO.

(135) Darüber, daß es auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt ankommt, vgl. Maurach, A. T. aaO, 163/164.

(136) AA. Nagler in LK, aaO, I, 28, der bereits die Kausalität verneinen will.

(137) AA. Welzel, Strafrecht, aaO, 117, der mit Hinweis auf den Satz Baumanns, DAR 55, 210, daß wohl Fahrlässigkeit + Verursachung, aber nicht fahrlässige Verursachung vorliege, die Haftung verneint. Es fehle das zur Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Delikte erforderliche Merkmal der Vermeidbarkeit des Erfolges bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt. Abgesehen davon, daß es nicht erwiesen ist, daß die Vermeidbarkeit des Erfolges zur Rechtswidrigkeit der fahrlässigen Delikte gehört, ist dieser Satz nur dann haltbar, wenn man für die Verursachung nicht auf den Erfolg in seiner konkreten Gestalt, sondern auf den Erfolg i. S. des Todes Eintritts schlechthin abstellt. Vgl. dazu auch Welzel, Neues Bild, aaO, 35.

da ein Zusammenhang zwischen der konkreten Pflichtwidrigkeit und dem konkreten Erfolg besteht. Daran kann die Unvermeidbarkeit des Erfolges nichts ändern. Denn eben in der durch die Pflichtwidrigkeit herbeigeführten Form - Kokainvergiftung - war der Erfolg vermeidbar.

Aber auch dann, wenn man die durchaus mögliche Umdeutung der angeführten Beispiele in unechte Unterlassungsdelikte vornimmt (138) - der Arzt hat es unterlassen, Novokain zu verwenden; der Kraftfahrer hat nicht für Beleuchtung gesorgt -, ändert das nichts an der zurechenbaren Verursachung. Hier würde die Kausalität nur dann entfallen, wenn ohne die Unterlassung der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ausgeblieben wäre. Da es sich aber auch hier um den Erfolg in seiner konkreten Gestalt handeln muß, kann der ursächliche Zusammenhang nicht verneint werden.

Was dagegen die Rechtswidrigkeit des Erfolges betrifft, so muß sie nach den o. § II, 3 aufgestellten Grundsätzen bejaht werden, da der Täter diesen bestimmten Erfolg durch eine Handlung herbeigeführt hat, die einen Normverstoß (Pflichtverletzung) darstellt.

3. Ist in den Fällen der überholenden Kausalität der Erfolg rechtmäßig?

Beachtet man nun aber doch den Umstand, daß auch ohne die Pflichtwidrigkeit des Handelns zwar nicht derselbe Erfolg (Kokainvergiftung), aber ein sehr ähnlicher (Novokainvergiftung) eingetreten wäre (139), so daß man insoweit von einem unvermeidbaren Erfolg sprechen kann, so fragt es sich, ob die Reserveursache, die der Täter selbst ohne Pflichtwidrigkeit gesetzt hätte, an der Rechtswidrigkeit des Erfolges etwas zu ändern vermag (140). Würde

Ähnlich freilich BGHZ 2, 138, wo für die Frage der hypothetischen Kausalität nicht dieser konkrete Erfolg, sondern ein Erfolg dieser Art als entscheidend angesehen wird.

(138) Über die Verwandtschaft von Fahrlässigkeitstaten und unechten Unterlassungsdelikten vgl. Mezger, Studienbuch, A. T. aaO, 189; Welzel, Das neue Bild, aaO, 20.

(139) Vgl. BGHZ 2, 138: Ein Erfolg dieser Art.

(140) So allerdings Baumann, MDR 57, 648, mit der Begründung, dem Täter könne ein Erfolg nicht als rechtswidrig verursacht zugerechnet werden, der von der Rechtswidrigkeit oder Rechtmäßigkeit seines Verhaltens unabhängig sei. Vgl. auch Welzel, Strafrecht, aaO, 117.

man dies annehmen, so müßten alle Erfolge, die zwar in ihrer konkreten Gestalt durch eine Pflichtwidrigkeit des Täters verursacht sind, aber in ähnlicher Weise auch ohne die Pflichtwidrigkeit entweder zur gleichen Zeit oder später eingetreten wären, rechtmäßig sein, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob der Täter selbst die Reserveursache gesetzt hätte oder nicht. Denn gerade in den Fällen, in denen der Erfolg bei Hinwegdenken des pflichtwidrigen Handelns des Täters entweder durch einen Dritten oder durch das Opfer selbst in ähnlicher Weise verursacht worden wäre, fehlt der Zusammenhang zwischen der Pflichtwidrigkeit, die sich auf den konkreten eingetretenen Erfolg bezieht, und dem ohnehin verursachten Erfolg dieser Art. Die Pflichtwidrigkeit ist nicht *conditio sine qua non* eines derartigen Erfolges. Es müßte also schlechthin jeder hypothetische Schadenseintritt zugunsten des Täters berücksichtigt werden. Eine Beschränkung auf die Fälle fahrlässiger Verursachung wäre weder sinnvoll noch praktisch, da auch bei Vorsatztaten die Unvermeidbarkeit des Erfolges eine gleich wichtige Rolle spielt (141).

Um die Unbrauchbarkeit der Vermeidbarkeit des Erfolges als Merkmal zur Bestimmung des Unrechts zu verdeutlichen, braucht man nur den Novokainfall abzuwandeln. Wie wäre zu entscheiden, wenn zwar der Tod des Patienten in der oben geschilderten Weise durch die falsche Injektion des Arztes eintritt, andererseits aber feststeht, daß der Patient sich einige Wochen später nochmals einer ähnlichen Operation hätte unterziehen müssen, wo er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit die richtige Injektion bekommen hätte und auch an dieser gestorben wäre? Soll man nun dem Täter nur die zeitlich mit dem Todeseintritt zusammenfallende Auswirkung einer Reserveursache zugute halten oder auch die später, z. B. bei der nächsten Operation gesetzten hypothetischen Ursachen, die dementsprechend auch später eingewirkt hätten? Auch dann wäre ja der Tod ohne die Pflichtwidrigkeit des behandelnden Arztes in ähnlicher Weise eingetreten.

Mit anderen Worten: Wo soll man die zeitliche Grenze bei der Berücksichtigung derartiger Reserveursachen ziehen und welche Fälle soll man als ähnliche Verursachung ansehen? Denn um denselben Erfolg kann es sich notwendigerweise unmöglich handeln. Soll von Unvermeidbarkeit des Erfolges auch dann die Rede sein können, wenn der Tod des Patienten nicht infolge einer Überempfindlichkeit gegen Novokain eingetreten wäre, sondern infolge eines Verkehrsunfalls, da er gerade mit einem später abgestürzten Flugzeug eine Reise unternommen hätte? oder soll man im Fall b) dem Autofahrer, der den

(141) Vgl. Bindokat, JZ 58, 555.

Tod des Motorradfahrers konkret durch einen Beleuchtungsfehler verursacht hat, die Berufung darauf versagen, daß jener am nächsten Tag aufgrund dieses oder jenes Ereignisses ohnehin den Tod gefunden hätte?

Es fällt auf, daß die angeführten Beispiele für die angebliche Rechtmäßigkeit infolge Unvermeidbarkeit des Erfolges völlig ihren frappierenden Charakter verlieren, wenn man die Reserveursache zeitlich nach der eigentlichen realen Verursachung eintreten läßt. Eine Beschränkung der Unvermeidbarkeit (Folge: Rechtmäßigkeit) aber allein auf die Fälle, in denen die Reserveursache mit der realen Ursache zeitlich zusammenfällt, ist jedoch nicht möglich, weil die Unvermeidbarkeit, von der notwendigerweise auch in den anderen Fällen gesprochen werden muß, nicht im Augenblick des Schadenseintritts festzustellen braucht. Oder soll man einen Erfolg etwa 14 Tage lang als rechtswidrig und nach Eintritt einer erheblichen Reserveursache als rechtmäßig ansehen?

Außerdem ist nicht einzusehen, warum ein medizinisch erfahrener Patient im Fall a), der die Gefahr der Kokaineinspritzung erkennt, sich nicht dagegen sollte wehren können. Es geht mithin aus dem Zweck der Normen zum Schutz absoluter Rechte gegen drohende Störungen und gegenwärtige Beeinträchtigungen (wozu in gewissem Sinn auch § 227 BGB zu rechnen ist) eindeutig hervor, daß auch unvermeidbare Erfolge als rechtswidrig anzusehen sind, auch dann, wenn sie von der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des Täterhandelns unabhängig sind, da sie ohnehin in ähnlicher Weise eingetreten wären.

Die Unvermeidbarkeit des Erfolges ist jedenfalls für den Erfolgstatbestandsteil kein Kriterium der Rechtswidrigkeit und nicht geeignet, das Unrecht auszuschließen.

Anders verhält es sich dagegen bei den oben gebrachten Beispielen, bei denen wenigstens die objektive Seite eines besonderen Rechtfertigungsgrundes vorliegt. Zwar kann man hier nicht von einer Unvermeidbarkeit des Erfolges sprechen; die Verletzung der Rechtsgüter ist jedoch aufgrund der besonderen Rechtfertigungslage nicht rechtswidrig, zumindest, was den Erfolgstatbestandsteil betrifft. Eine gleiche Bedeutung kommt jedoch der Unvermeidbarkeit des Erfolges nicht zu. Denn ein Erfolg, den der Betroffene nicht zu dulden braucht, und eine Duldungspflicht besteht bei unvermeidbaren Erfolgen gerade nicht, kann für den Handelnden nicht rechtmäßig sein.

Selbst die Umdeutung dieser für die Unvermeidbarkeit des Erfolges aufgezähl-

ten Beispiele (142) in unechte Unterlassungsdelikte vermag dieses Ergebnis nicht zu entkräften. Die Rechtswidrigkeit der Unterlassungsdelikte mag zwar abhängig sein von der Möglichkeit eines anderen Verhaltens (143). Da in den Fällen a) und b) diese Möglichkeit jedoch bestand - der Arzt hätte das richtige Mittel anwenden, der Autofahrer eine Notbeleuchtung mitführen können -, ist die Verursachung des Erfolges in seiner konkreten Gestalt rechtswidrig.

4. Die Unvermeidbarkeit als Merkmal des Rechtfertigungsgrundes des verkehrsrichtigen Verhaltens

Was die Einordnung des Rechtfertigungsgrundes des verkehrsrichtigen Verhaltens in diesem Zusammenhang angeht, so kann man auch hier von unvermeidbaren Schäden deshalb sprechen, weil die zum Schaden führende Handlung mit dem erforderlichen Maß an Sorgfalt vorgenommen worden ist. Denn auch ein solcher tatbestandsmäßiger Erfolg ist unabhängig von einer Pflichtwidrigkeit des Täters verursacht, da er nicht auf eine Außerachtlassung der verkehrsmäßigen Sorgfalt kausal zurückzuführen ist.

Die Rechtswidrigkeit bestimmt sich auch hier nach den oben § II, 3 entwickelten Grundsätzen. Zwar kann von einem Normverstoß des Täters bei verkehrsrichtigem Verhalten gerade keine Rede sein; den Täter trifft aber eine Einstandspflicht für den von ihm verursachten Erfolg. Die Allgemeinheit muß zwar die abstrakt gefährliche Tätigkeit kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Privilegierung dulden, wenn sie sachgemäß vorgenommen wird, braucht aber nicht die schädlichen Folgen dieser Betätigung hinzunehmen und ist nicht gehalten, einer zur konkreten Gefährdung sich verdichtenden allgemeinen Betriebsgefahr ohne Abwehrrechte tatenlos gegenüberzustehen (144). Hierbei ist die Verkehrsrichtigkeit, also ein auf seiten des Täters liegendes Merkmal, für den Betroffenen von untergeordneter Bedeutung, zumal die Privilegierung des gefährlichen Betriebs nur den Betrieb als solchen und seine abstrakte und generelle Gefährdung betrifft.

Außerdem widerspricht die Einordnung der Vermeidbarkeit eines Erfolges als

(142) Hier fällt es schwer, sich für ein Handlungs- oder Unterlassungsdelikt zu entscheiden. Beide Lösungen sind durchaus vertretbar.

(143) So Baumann, MDR 57, 648.

(144) Vgl. o. § II, 3, A 2 und B 1.

Bestandteil der Rechtswidrigkeit dem Prinzip des BGB, wie an den Normen zum Schutz absoluter Rechte gegen drohende Störungen gezeigt werden konnte (145). Es kann nicht darauf verzichtet werden, einen Erfolg schon wegen seiner Tatbestandsmäßigkeit als rechtswidrig zu kennzeichnen, damit die Regelung der §§ 227, 858, 1004 usw. BGB nicht ihres Wertes beraubt wird.

Es geht jedoch nicht an - und darin ist dem BGH zuzustimmen - die Handlung schon allein des Erfolges wegen als rechtswidrig zu bezeichnen. Man kann nämlich nicht sagen, daß der eingetretene Erfolg ex post gesehen stets durch eine objektiv fehlerhafte Handlung herbeigeführt sein müsse, da der mißbilligte tatbestandsmäßige Erfolg das Kennzeichen einer solchen Handlung sei (146). Das hieße, alle Handlungen, die einen tatbestandsmäßigen Erfolg herbeiführen, mit dem Urteil der Rechtswidrigkeit zu versehen, insbesondere die vom Recht in Kauf genommenen, mit der erforderlichen Sorgfalt geführten gefährlichen Betriebshandlungen, bei denen infolge einer meist sehr eingehenden Regelung der Sorgfaltsanforderungen ein unerwünschter Erfolg praktisch nur bei mitwirkendem oder alleinigem Verschulden des Verletzten eintreten kann (147). So ist z.B. die Handlung eines Autofahrers solange rechtmäßig, als er sich an die Vorschriften der StVO und StVZO hält. Berührt aber trotz dieser richtigen Fahrweise der Kotflügel des Wagens einen Menschen und verletzt ihn, so ist dieser Erfolg nicht schon wegen des richtigen Fahrens ebenfalls richtig, d.h. rechtmäßig.

Beispiel

Ein Pkw wird auf einer Autobahnbrücke trotz nachweislich richtigen Fahrens von einer Windböe erfaßt und einen Abhang hinunter gedrückt. Er rollt in eine Gruppe von Menschen hinein, die sich dort zum Rasten niedergelassen hat.

Das Verhalten des Fahrers entspricht hier solange den Anforderungen, die der Verkehr stellt, als überhaupt noch von einem Verhalten die Rede sein kann. In dem Augenblick nämlich, in dem der Wagen aus der Bahn getragen wird, liegt eine durch den steuernden Willen beherrschte menschliche Tätigkeit nicht mehr vor. Der Wagen ist vielmehr nur noch ein Spielball der Naturkräfte. Die Frage nach der Verkehrsrichtigkeit dieses allein tatbestandserheblichen

(145) Vgl. o. § IV, 2 und 3.

(146) So allerdings Maurach, A.T. aaO, 435.

(147) Vgl. den dem Beschluß des GZS des BGH zugrunde liegenden Fall, BGHZ 24, 21 ff.

Verbindungsstücks zwischen der rechtmäßigen Handlung - dem Fahren - und dem drohenden tatbestandsmäßigen Erfolg ist also nicht mehr die Frage nach dem verkehrsrichtigen Verhalten.

Von Interesse ist es auch, die Frage nach der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit eines trotz verkehrsrichtigen Verhaltens eingetretenen tatbestandsmäßigen Erfolges anhand des § 227 BGB zu untersuchen. Das Schwergewicht dieser Vorschrift liegt in der Verhinderung eines Erfolges, den der Angegriffene nicht zu dulden verpflichtet ist (148). Ein solcher Erfolg muß aber auch dann verhindert werden können, wenn derjenige, der unvorsätzlich fremde Rechtsgüter angreift, mit der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt handelt. So können z. B. in dem Autobahnfall die bedrohten Personen ein Hindernis zwischen sich und den Wagen werfen, an dem er zerschellt, sofern sie Zeit für eine solche Abwehrmaßnahme finden. Die Zerstörung des Wagens wäre diesfalls gemäß § 228 BGB rechtmäßig, während eine Verletzung des Fahrers infolge der Abwehrhandlung nicht von § 228 BGB gedeckt wird (149). Hier kann nur eine Rechtfertigung nach § 227 BGB eintreten (150).

An anderen Fällen wird die Problematik noch deutlicher.

- a) Der Kraftfahrer A fährt auf einer durch positive Zeichen als vorfahrtsberechtigt gekennzeichneten Straße mit mäßiger Geschwindigkeit. Aus einer Nebenstraße kommend, überfährt der Rollerfahrer B ein Stoppschild und kommt erst wenige Meter vor dem Wagen auf dessen Fahrbahn zum Stehen. A kann wegen Gegenverkehrs und Passanten auf dem Bürgersteig nicht ausweichen. Es ist zweifelhaft, ob der Wagen selbst bei einer Notbremsung noch vor dem B anzuhalten ist. Leben und Gesundheit des B sind in Gefahr. Er wirft seinen Roller vor das Auto, um es dadurch aufzuhalten, und bringt sich hinter diesem Hindernis in Sicherheit. Der Wagen wird bei dem Anprall beschädigt.
- b) A fährt mit seinem Lastzug in der Dunkelheit einen ohne Rückstrahler, Tretstrahler und Rücklicht fahrenden Radfahrer an, der von einem parallel zur Fahrbahn des Lastzuges verlaufenden Radweg auf die Straße ein-

(148) Anders bei § 304 BGB. Hier muß ein rechtswidriger Erfolg kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift geduldet werden. Eine gleiche Bedeutung, nämlich die Normierung einer Duldungspflicht, kommt jedoch dem sachgemäßen Verhalten nicht zu.

(149) Vgl. E.-Nipperdey, A. T. aaO, 1042.

(150) Vgl. Schmidt, NJW 58, 488, insbes. Anm. 8.

gebogen war, als die Scheinwerfer des Lastwagens ihn schon passiert hatten. Der Radfahrer wird erfaßt und mitgeschleift, ohne daß A etwas bemerkt. Ein Polizist sieht auf seinem nächtlichen Streifengang die verzweifelte Lage des Radfahrers. Da er keine andere Möglichkeit hat, den Wagen zu stoppen, schießt er in einen Reifen und bringt so den Wagen zum Anhalten. Der Lastzug wird erheblich beschädigt.

In beiden angeführten Beispielen ist an einem verkehrsrichtigen Verhalten der Autofahrer nicht zu zweifeln. Dennoch drohen durch Verschulden Dritter Schäden. Sollen diese nun den drohenden Schaden erleiden, ohne sich dagegen wehren zu können, oder ohne daß ein Unbeteiligter ihnen zu Hilfe eilen darf, nur weil der Schädiger sich verkehrsrichtig verhält?

Geht man mit dem BGH (aaO) davon aus, daß das Verhalten des Täters verkehrsrichtig und daher nicht rechtswidrig ist, so dürfte gegen dieses Verhalten keine Notwehr zulässig sein, da es an einem rechtswidrigen Angriff fehlt. Diese Folgerung ist untragbar, und zwar auch dann, wenn man das erhebliche Mitverschulden der bedrohten Personen berücksichtigt. Denn dieses Mitverschulden schließt weder bei § 228 BGB die Möglichkeit einer Verteidigung aus - hier wird lediglich eine Schadensersatzpflicht begründet - noch bei § 227 BGB, da bei einer nicht beabsichtigten Provokation, von der man in den genannten Beispielen sprechen könnte, der Angriff rechtswidrig bleibt und sich nicht selbst zu einer Verteidigungshandlung wandelt (151).

Erst die hier vertretene Theorie gestattet es ohne Zwang, den Erfolg, der trotz verkehrsrichtigen Verhaltens eintritt, als rechtswidrig zu kennzeichnen, ohne dasselbe Urteil über die Handlung sprechen zu müssen. Dadurch wird es möglich, in der Notwehr bzw. dem Verteidigungsnotstand das Mittel zur Vermeidung eines rechtswidrigen Erfolges zu sehen - es sei denn, eine Duldungspflicht wäre als Ausnahme von diesem Grundsatz ausdrücklich normiert -, wobei die Rechtswidrigkeit des Erfolges unabhängig sein kann von dem Unrechtscharakter der zu ihm führenden Handlung. Da das Zivilrecht zudem keine reinen Handlungsdelikte kennt, ist das Anliegen des § 227 BGB die Verhinderung rechtswidriger Erfolge (152).

Mit der Feststellung aber, daß der Erfolg eines solchen sachgemäßen Handelns rechtswidrig ist und also Ersatzansprüche wie auch die Notwehrbefugnis verleihen kann, ist nach der hier vertretenen Auffassung umgekehrt auch noch nichts

(151) Vgl. Maurach, A. T. aaO, 248.

(152) Vgl. Schmidt, NJW 58, 488.

über die Qualität der ihn herbeiführenden Handlung ausgesagt. Diese ist rechtmäßig; in ihr liegt kein Handlungsunwert begründet, weil es an einer generellen Pflichtwidrigkeit fehlt.

5. Kritik

Fragt man, welchen Wert die Einordnung der Sachgemäßheit der Handlung in den Bereich der Rechtswidrigkeit gehabt hat, so fällt die Antwort hierauf nicht leicht.

Zunächst ist auffallend, daß der Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens streng genommen nur bei einer Fallgruppe bedeutsam ist, nämlich in Fällen überwiegenden oder alleinigen Mitverschuldens (-verursachung) des Verletzten (153). Die andere noch denkbare Fallgruppe - z.B. Autobahnfall - setzt ja gerade voraus, daß im Augenblick des Erfolgsintritts kein Verhalten im eigentlichen Sinn vorliegt, hier schiebt sich zwischen das verkehrsrichtige Verhalten und den Erfolg ein unbeherrschbares Betriebsereignis, das auch u. U. gemäß § 7 Abs. 2 StVG die Gefährdungshaftung des Halters ausschließen dürfte.

Außerdem ist bemerkenswert, daß gerade bei den Fällen, die nach der neuen Auffassung anders zu entscheiden wären, also bei den Haftungsgründen, denen das Korrigens des Verschuldens fehlt (§§ 508, 1004 u. f. BGB, die vorbeugende Unterlassungsklage, aber auch § 227 BGB), die Anwendung des auf die Handlung bezogenen Unrechts zu unbrauchbaren Ergebnissen führt. Bei allen anderen Fällen, also bei der Verschuldenshaftung hat sich nämlich nach der neuen Lehre praktisch nichts geändert (154). Früher wurde die Haftung

-
- (153) Das verkennet Bindokat, JZ 58, 555, wenn er fragt, wie eine Fahrweise sachgemäß sein solle, die für den Tod eines anderen ursächlich sei.
- (154) Da sich Rechtswidrigkeit und Verschulden eines fahrlässigen Delikts hinsichtlich wichtiger Fahrlässigkeitsvoraussetzungen im wesentlichen sehr nahe kommen und von der Rechtsprechung praktisch stets miteinander vermengt werden (Näheres u. § VIII), handelt es sich um den Haftungsausschluß auf verschiedenen Ebenen des Aufbaus der Haftungsgründe. Der Täter steht nach der neuen Auffassung nicht besser als nach der alten, zumal es ihm gleichgültig ist, ob die Haftung mangels Schuld oder wegen fehlender Rechtswidrigkeit verneint wird. Ob dem Urteil der Rechtswidrigkeit im Zivilrecht die gleiche diskriminierende Wirkung zukommt wie im Strafrecht, mag bezweifelt werden. M. E. besteht keine Veran-

mangels Schuld verneint, während sie heute wegen fehlender Rechtswidrigkeit ausgeschlossen sein kann.

Auch bei § 831 BGB, anhand dessen der BGH seine Entscheidung entwickelte, ist alles beim alten geblieben. Früher wurde die Haftung des Geschäftsherrn für seinen Verrichtungsgehilfen dann verneint, wenn letzterer sich ordnungsgemäß verhalten hatte und der Geschäftsherr den Nachweis erbrachte, der Verrichtungsgehilfe habe sachgemäß gehandelt - der Schaden wäre also auch ohne das vermutete Auswahl- und Überwachungsverschulden des Geschäftsherrn eingetreten (155). Die Sachgemäßheit des Verhaltens des Verrichtungsgehilfen war also keine Frage der Rechtswidrigkeit, aber geeignet, die Kausalität zwischen der Schädigung und dem vermuteten Verschulden des Geschäftsherrn auszuschließen (156).

Um aus diesem Dilemma herauszukommen, bieten sich mehrere Möglichkeiten:

Zunächst könnte man die neue Theorie des BGH ablehnen und alles beim alten lassen. Eine solche ablehnende Stellungnahme wird eingenommen von Bindokat, May, Stoll und Wussow. Es ist jedoch unbefriedigend, gerade die Handlung, die ordnungsgemäß ausgeführt wird, als rechtswidrig zu kennzeichnen, nur weil ein anderer durch sein Verhalten den Erfolg im wesentlichen auslöst.

lassung, den Haftungsausschluß auf eine andere Ebene vorzuverlagern, wenn nicht praktische Bedürfnisse einen solchen Schritt rechtfertigen. Das ist aber nicht der Fall. Die Verschuldenshaftung wird heute und wurde früher verneint - auch die Haftung des Geschäftsherrn aus § 831 BGB (vgl. RGZ 135, 155; 159, 315; BGHZ 4, 4) - und gerade bei den Haftungen ohne Verschulden versagt das handlungsbezogene Unrecht die Dienste, die man von ihm erwartet.

(155) Vgl. RGZ 135, 155; 159, 315; BGHZ 4, 4; RGRKomm., aaO, Anm. 7 zu § 831.

(156) Stoll, JZ 58, 138 (Anm. 10) weist zutreffend darauf hin, daß der Entlastungsbeweis voraussetze, daß eine rechtswidrige Schädigung vorliege. Gelingt der Entlastungsbeweis und wird die Haftung des Geschäftsherrn verneint, so wird dadurch der eingetretene Erfolg nicht etwa rechtmäßig. Er bleibt vielmehr widerrechtlich, wie die Beziehung des Geschädigten zum Verrichtungsgehilfen selbst beweist. Der Haftungsausschluß gegenüber dem Geschäftsherrn ist bedingt durch die Besonderheit des § 831 BGB und läßt keine Rückschlüsse auf die Unrechtsqualität des Erfolges zu.

Weiter wäre es möglich, innerhalb des Zivilrechts zwei verschiedene Begriffe der Rechtswidrigkeit einzuführen, nämlich einen handlungsbezogenen bei den Fällen, die Verschulden als Haftungsvoraussetzung haben, und einen erfolgsbezogenen bei den Tatbeständen, die sich mit der Rechtswidrigkeit der Verursachung begnügen (157).

Die hier vertretene Auffassung trennt Handlung und Erfolg und macht beide einer gesonderten Rechtswidrigkeitsprüfung zugänglich. Sie hat den Vorteil, zunächst die Lehre von den Rechtfertigungsgründen im Zivilrecht auf eine neue Basis zu stellen. Sie ermöglicht es außerdem, die Rechtswidrigkeit des Erfolges, und damit die Haftungsvoraussetzung sowohl der Haftungen mit Verschulden als auch die der Haftungen ohne Verschulden, im wesentlichen ohne Rücksicht auf die Unrechtsqualität der Handlung zu bestimmen.

Allerdings ist auch diese Theorie gezwungen, die Rechtswidrigkeit des Erfolges allein über die Haftung entscheiden zu lassen, während die Qualität der Handlung eine untergeordnete Rolle spielt, da das Ziel des Zivilrechts - Schadensausgleich und Schadensverbeugung - im wesentlichen am Erfolg orientiert sein muß. Dagegen ermöglicht sie einen für Zivil- und Strafrecht einheitlichen Rechtswidrigkeitsbegriff, soweit das Unrecht der Handlung in Frage steht.

Die Anerkennung eines handlungsbezogenen Unrechts im Zivilrecht ist mithin bei Anwendung der hier vertretenen Auffassung zwar nicht schädlich, aber im allgemeinen überflüssig.

§ VIII. DER RECHTFERTIGUNGSGRUND DES VERKEHRSRICHTIGEN VERHALTENS UND DER FAHRLÄSSIGKEITSBEGRIFF

1. Auswirkungen des neuen Rechtfertigungsgrundes auf den Fahrlässigkeitsbegriff

Wie bereits o. § I, 2 ausgeführt, hat der Beschluß des Großen Zivilsenats des BGH vom 4.3.1957 die Lehre veranlaßt, sich näher mit dem Wesen der Fahrlässigkeit und ihrer Stellung in dem Aufbau der Haftungsgründe zu befassen (158).

(157) Vgl. auch o. § V, 3.

(158) Vgl. Nipperdey, NJW 57, 1777; Richter, NJW 58, 1171; Schmidt, NJW 58, 488; Stoll, JZ 58, 140; Wussow, NJW 58, 891.

Denn wenn man die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt als Problem der Rechtswidrigkeit ansieht, so bleibt diese Konstruktion nicht ohne Folgen für die Fahrlässigkeitsschuld. Da nämlich die Beachtung der generellen Sorgfaltsanforderungen bereits die Rechtswidrigkeit einer unsorsätzlichen Erfolgsverursachung auszuschließen vermag, stimmt es bedenklich, wenn dasselbe Merkmal, um das es sich wenigstens nach der Auffassung des BGH handelt (159), auch zur Begründung der Schuld herangezogen werden soll (160).

Wenn es sich wirklich um das nämliche Merkmal handelte, so wäre die Entscheidung des BGH allein schon von der Beweislastverteilung, also von praktischen, nicht von formalrechtlichen Gesichtspunkten her angreifbar. Das zeigt sich jedoch erst dann, wenn man den vom BGH unter dem Blickwinkel des § 831 BGB entschiedenen Fall nach § 823 BGB beurteilt. Hier kommt man hinsichtlich der Beweisfragen - vgl. o. § I, 3 - zu folgendem Ergebnis:

Der Geschädigte muß die Rechtsgutverletzung (Schaden) behaupten und beweisen. Der Schädiger versucht nun, die Rechtmäßigkeit - die Rechtswidrigkeit wird durch die Tatbestandsmäßigkeit indiziert - seines Handelns durch Berufung auf sein verkehrsrichtiges Verhalten darzutun. Bleibt er beweisfällig, so steht damit die Rechtswidrigkeit endgültig fest. Nun muß aber der Kläger, um zum Ziel zu kommen, noch das Verschulden des Beklagten behaupten und beweisen. Das kann aber nur dadurch geschehen, daß er beweist, der Schädiger habe sich verkehrswidrig verhalten. Denn da Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt und Verkehrswidrigkeit identisch sind (161), begreift der Nachweis des Verschuldens bei einer Fahrlässigkeitstat eben die Verkehrswidrigkeit des Schädigerverhaltens. Den Beweis für dieses nämliche Merkmal bei Beweisfälligkeit des Beklagten beiden Parteien aufzulasten, ist jedoch mißlich und wirft außerdem ein seltsames Licht auf die zivilrechtliche Fahrlässigkeit als Schuldbegriff.

Der BGH ist also gezwungen, die Prüfung der Fahrlässigkeit i. S. des objektiven Maßstabs im Gegensatz zu der bis heute herrschenden Lehre bereits in die Rechtswidrigkeit vorzuverlagern. Damit verliert der Begriff der Fahrlässigkeit, wie er überwiegend verstanden wird, für die Frage des Verschuldens erheblich an Bedeutung. Es ist daher erforderlich, die Fahrlässigkeit als Schuldform mit

(159) Vgl. BGHZ 24, 28; "Die nämliche Frage des verkehrsrichtigen Verhaltens ...". Baumann, MDR 57, 648, spricht mit Recht von einem gewissen Unbehagen des BGH.

(160) Vgl. Nipperdey, NJW 57, 1779.

(161) Vgl. o. § I, 4.

einem von der bloßen Verkehrswidrigkeit - objektiver Sorgfaltspflichtverletzung - abweichenden Sinngehalt zu erfüllen.

Ein entscheidender Fehler des Beschlusses des BGH liegt also darin, daß die Außerachtlassung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt auch zur Feststellung der Schuld herangezogen werden soll (162). Die hiermit angeordnete Doppelprüfung ist dogmatisch unhaltbar, da nicht das "nämliche" Merkmal zugleich Rechtswidrigkeit und Schuld begründen kann.

2. Die subjektive Theorie

Diese Folge wäre zunächst bei Zugrundelegung eines subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs zu vermeiden. Im Gegensatz zum objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab müßte dann innerhalb der Schuld die Frage der individuellen Zurechenbarkeit geprüft werden. Diese Feststellungen würden anders geartet sein als diejenigen, die bei Berufung auf den Rechtfertigungsgrund des verkehrsrichtigen Verhaltens innerhalb der Rechtswidrigkeit zu treffen sind. Denn die Frage nach dem verkehrsrichtigen Verhalten ist jedenfalls nach objektiven Gesichtspunkten zu bestimmen, weil die Rechtswidrigkeit mit der Prüfung der Täterpersönlichkeit und der Fähigkeiten des Täters - also mit Schuldgesichtspunkten - nichts zu tun hat.

Die sog. subjektive Theorie (163) geht, ohne zunächst die Fahrlässigkeit in einen die Rechtswidrigkeit und einen die Schuld begründenden Teil zu spalten, von § 276 BGB aus. Die Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt, d.h. das Zurückbleiben des Täters hinter den allgemeinen Verhaltensanforderungen, präjudiziert allein noch nicht die Schuld. Diese wird vielmehr erst durch die Feststellung begründet, daß die Sorgfaltspflichtverletzung in dieser Situation für den Täter vermeidbar war, er also nicht die ihm mögliche Sorgfalt aufgebracht hat, deren Innehaltung ihm in der betreffenden gefährlichen Situation zugemutet werden konnte.

(162) Vgl. Nipperdey, NJW 57, 1780; Stoll, JZ 58, 140.

(163) Diese Theorie ist jedenfalls nicht durch den Wortlaut des § 276 I, 2 BGB ausgeschlossen, da diese Regelung nicht zwingend für einen objektiven Maßstab spricht. Alle Versuche, den objektiven Maßstab positivistisch zu begründen, können nicht überzeugen. Vgl. Stoll, JZ 58, 140; Wieacker, JZ 57, 537. Niese, JZ 56, 465, weist mit Recht darauf hin, daß man vom Gesetz nicht zuviel verlangen solle, da es kein Lehrbuch sei. Vgl. auch Dölle, Verh. d. 34. DJT I, 115.

Der subjektive Maßstab in dieser Form ist jedoch aus Gründen der Verkehrssicherheit nicht tragbar, da dann der Täter allzu leicht die Folgen seiner Unfähigkeit auf den Geschädigten abwälzen könnte. Dieses Ergebnis konnte selbst für das Strafrecht, dem es doch weniger auf den Verletzten als auf den Täter ankommt, nicht in Betracht gezogen werden (164). Den Ausweg aus diesem allzu sehr den Täter begünstigenden Maßstab bietet die Figur des sog. Übernahmeverschuldens. Hiernach entfällt nicht schon dann ein fahrlässiges Verschulden, wenn festgestellt wird, daß der Täter im Augenblick der Schadensverursachung, bzw. als er die rechtserhebliche Ursache setzte, infolge seiner Unfähigkeit nicht besser handeln konnte. Vielmehr kann der Vorwurf einer echten Willensschuld auch darin begründet sein, daß der Schädiger eine Tätigkeit übernommen hat, von der er wußte oder wenigstens wissen konnte (bei Anlegung eines subjektiven Maßstabs: fahrlässig nicht wußte), daß sie seine Kräfte übersteigen würde. Der Vorwurf knüpft also, vergleichbar der *actio libera in causa* des Strafrechts, nicht an den Zeitpunkt der Erfolgsverursachung an, sondern wird zurückbezogen auf den Beginn der gefährlichen Tätigkeit oder auf einen noch früheren Zeitpunkt.

Es darf freilich nicht verkannt werden, daß der subjektive Maßstab selbst unter Berücksichtigung des Übernahmeverschuldens stets einseitig zugunsten des Täters ausschlägt. Das ist einmal dann der Fall, wenn dem Täter weder ein Verschulden im Augenblick der Schadensverursachung noch ein Übernahmeverschulden zu Last fällt. Zum anderen könnte - allerdings ebenso bei der objektiven Theorie - eine Haftung auch dann ausgeschlossen sein, wenn der Täter zwar infolge seiner besonderen Sachkenntnis zu höheren Leistungen in der Lage war, sein Verhalten jedoch dem genormten Maß der an einen Durchschnittsmenschen seiner Berufs- oder Altersklasse zu stellenden Anforderungen entsprach.(165). Das ist die Folge der Zweiteilung der Fahrlässigkeitsprüfung, die einmal in der Feststellung besteht, daß generell die Sorgfalt verletzt ist, und zum anderen darin, daß der Täter persönlich vorwerfbar hinter diesen Anforderungen zurückgeblieben ist (so wenigstens nach dem subjektiven Maßstab). Setzt man hier zunächst einmal voraus, daß die Prüfung der generellen Sorgfaltspflichtverletzung die vorgelagerte Frage ist, so wird deutlich, daß selbst dann die Haftung ausgeschlossen sein müßte, wenn der Täter persönlich überdurchschnittliche Fähigkeiten besitzt.

(164) Vgl. RGSt 50, 37; 59, 355; 64, 263; 67, 20.

(165) Diese Folge will die Formulierung des Fahrlässigkeitsbegriffs von Wahl, ArbBerAkDR Nr. 14 (1940), 25 vermeiden: "Besondere Kenntnisse verpflichten zu gesteigerter Sorgfalt." Vgl. auch BGH VersR 1954, 560.

Beispiel:

Ein Facharzt operiert einen Patienten unter Innehaltung der hierfür allgemein erforderlichen Sorgfalt. Der Patient stirbt infolge einer gerade diesem Arzt an sich erkennbaren Überempfindlichkeit gegen ein bestimmtes bei der Operation verwendetes Medikament. Der Arzt hätte diese Eigenschaft jedoch erkennen können, weil er sich jahrelang mit dieser Erscheinung wegen einer beabsichtigten Habilitation beschäftigt hat.

Eine Verletzung der an jeden Arzt zur Vermeidung eines Todesfalls bei einer Operation zu stellenden Anforderungen liegt nicht vor. Obwohl der Täter persönlich in der Lage gewesen war, über dieses Maß hinausgehende Sachkenntnis und Aufmerksamkeit walten zu lassen, belastet ihn dieser Umstand nicht (166).

Zu einer Haftung wäre nur dann zu kommen, wenn die besonderen Fähigkeiten im konkreten Fall ex post zur Begründung gesteigerter Sorgfaltspflichten herangezogen würden, wenn man also die "Maschen des Siebes der Rechtswidrigkeit" ausdehnen würde. Ob eine solche Möglichkeit stets gegeben ist, muß bezweifelt werden; gerechtfertigt dürfte sie allerdings dann sein, wenn die Vertragspartei den Arzt als Kapazität auf diesem medizinischen Gebiet engagierte, nicht aber, wenn die besonderen Fähigkeiten beim Vertragsabschluß keine Rolle spielten und beim Gegner kein gesteigertes Vertrauen hervorriefen. Das besondere Können des Täters, das über die Norm des betreffenden Berufsstandes hinausgeht, kann somit keinesfalls im Recht der unerlaubten Handlungen von Bedeutung sein.

3. Standort der einzelnen Merkmale im Aufbau der Haftungsgründe

Mit der Feststellung, daß die subjektive Theorie gezwungen ist, die Sorgfaltspflichtverletzung zweimal zu prüfen, nämlich die Verletzung der generell erforderlichen und der dem Täter persönlich möglichen Sorgfalt, ist noch

(166) Vgl. Maurach, A. T. aaO, 433: "Freispruch wegen Innehaltung der verkehrserforderlichen Sorgfalt begründet, da ja der Täter u.U. in der Lage gewesen wäre, ein größeres Maß an Sorgfalt als das dem Durchschnitt zuzunutbare aufzubringen, materiell keine Lossprechung von Schuld, sondern nur eine Haftungsbeschränkung."

nichts über die Einordnung dieser Doppelprüfung innerhalb des Aufbaus der Haftungsgründe gesagt. Im Zivilrecht ist dieser Frage, soweit ersichtlich, bisher keine Beachtung geschenkt worden, da es nicht wie das Strafrecht von einer strengen Dreiteilung des Deliktaufbaus beherrscht ist. Erst durch den Beschluß des Großen Zivilsenats des BGH vom 4.3.1957 ist das Problem des Standorts der Fahrlässigkeit auch in das zivilistische Interesse gerückt.

Aber selbst im Strafrecht, von wo die Spaltung des Fahrlässigkeitsbegriffs in einen die Rechtswidrigkeit und einen die Schuld begründenden Teil ihren Ausgang genommen hat, ist die Beurteilung keineswegs einheitlich. So sieht eine Reihe beachtlicher Autoren die Verletzung sowohl der generell gebotenen als auch der dem Täter persönlich möglichen Sorgfalt als ein Schuldproblem an. Allerdings wird auch hier die Prüfung der generellen Sorgfaltspflichtverletzung als vorgelagerte Frage erkannt, über die vorweg entschieden werden muß, um den Weg für eine individualisierende Schuldprüfung frei zu machen (167).

Diese Auffassung wird jedoch durch eine andere in den Hintergrund gedrängt, die in der unvorsätzlichen Rechtsgutverletzung keinen schlechthin rechtswidrigen Vorgang sieht, sondern das Unrecht einer Tatbestandsverwirklichung erst positiv durch die Feststellung begründet, daß eine Verletzung der generell zu fordernden Sorgfalt vorliegt (168). Obwohl die Erkenntnisse des Strafrechts für das Zivilrecht durchaus nicht maßgebend zu sein brauchen, so fordert doch schon der Satz von der Einheit der Rechtsordnung eine Übereinstimmung zwischen den Rechtswidrigkeitsbegriffen in beiden Disziplinen (169). Denn es geht nicht an, eine Schadenszufügung trotz Beachtung der generellen Sorgfalt im Strafrecht als nicht rechtswidrig, im Zivilrecht dagegen als rechtswidrig, aber nicht notwendig schuldhaft zu bezeichnen.

(167) Vgl. Engisch, Untersuchungen, aaO, 344 ff, 425; Frank, aaO, § 59, VII, 4; v. Hippel, Lehrbuch aaO, 361; M. E. Mayer, aaO, 256; Mezger, Lehrbuch aaO, 350 ff.

(168) Ansätze für die Anerkennung der Fahrlässigkeit als Rechtswidrigkeitsmerkmal schon bei Frank, aaO, § 59, VIII, 4; v. Hippel, aaO, 362; Maurach, Schuld und Verantwortung aaO, 78 ff; v. Weber, Grundriß aaO, 23 ff; Welzel, ZStW 52, 558; ders., Neues Bild, 1. Aufl., 19 ff; durchgeführt bei Niese, Finalität, aaO; ders., JZ 56, 457; Gallas, ZStW 67, 42; Henkel, Mezger-Festschrift aaO, 282; Boldt, ZStW 67, 335.

(169) Vgl. dazu o. § V, 4.

Außerdem kann man sich den überzeugenden Argumenten der letztgenannten strafrechtlichen Auffassung nicht entziehen, die auch hier zur Beweisführung auf die Verwandtschaft von Fahrlässigkeitstaten und unechten Unterlassungsdelikten zurückgreift.

Bei letzteren gehört nach allgemeiner Meinung zur Begründung der Rechtswidrigkeit eine sog. Erfolgsabwendungspflicht (170), so daß der Erfolgseintritt infolge einer feststellbaren Unterlassung noch nichts über deren Rechtswidrigkeit aussagt. Hält man diese Ansicht für richtig, so kann man bei einer unvorsätzlichen Verursachung nicht schlechthin den Erfolgseintritt über das Unrecht entscheiden lassen. Wenn man sich an den Novokainfall (171) erinnert, so wird man sich der Unmöglichkeit bewußt, eindeutig zu klären, ob der Tod des Patienten durch eine unvorsätzlich unrichtige Injektion oder durch die unterlassene richtige Einspritzung eintrat. Gibt man der zweiten Auslegung den Vorzug, so muß die Rechtswidrigkeit der Unterlassung erst durch die Garantenstellung und die sich aus ihr ergebende Erfolgsabwendungspflicht des Täters begründet werden, die hier ohne Schwierigkeit aus Vertrag oder vorangegangenen Tun abzuleiten wäre. Legt man dagegen die Tat als unvorsätzlich falsche Einspritzung aus, so ist nicht einzusehen, weshalb dann durch die Verursachung als solche die Rechtswidrigkeit bereits begründet sein sollte. Denn es handelt sich um ein einheitliches tatsächliches Geschehen, das lediglich unter verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten untersucht wird. Bei unvorsätzlichen Tatbestandsverwirklichungen folgt vielmehr das Unrechtsurteil erst aus einem Abweichen von den normalen Sorgfaltsanforderungen, muß also ebenfalls positiv begründet werden, wobei es eine Frage zweiten Ranges ist, ob man die Mißachtung bzw. die Einhaltung der generellen Sorgfaltsanforderungen als positive Rechtswidrigkeitsvoraussetzung oder als Rechtfertigungsgrund auffaßt (172).

Die Tatsache, daß in der Rechtsprechung Unrechts- und Schuldmerkmal weitgehend vermengt werden und man sich der Doppelbedeutung der Fahrlässigkeit nicht genügend bewußt ist, ist hauptsächlich auf die apodiktische Fassung des § 276 Abs. 1, S. 2 BGB zurückzuführen, der dem Wortlaut nach zwar nur den Unrechtstatbestand umschreibt (fahrlässig handelt), aber seiner Stellung nach, und wie aus der Verweisung auf die §§ 827, 828 BGB hervorgeht, auch das Verschulden regeln will. § 276 Abs. 1, S. 2 BGB wäre also besser dahin

(170) E. -Lehmann, aaO, § 234, II, 2.

(171) Vgl. o. § VII, 2.

(172) Vgl. o. § 1, 3.

auszulegen und zu ergänzen: Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt schuldhaft außer acht läßt. Damit wäre der doppelten Bedeutung der Fahrlässigkeit Rechnung getragen. Die Ausfüllung des Schuldmaßstabs bereitet der subjektiven Theorie durch ihr Abstellen auf die konkrete Täterpersönlichkeit mit ihren Eigenheiten im Gegensatz zur objektiven Theorie keine Schwierigkeiten. Aber auch die letztere ist in der Lage, einen von der bloßen Rechtswidrigkeitsprüfung verschiedenen Schuldbegriff aufzustellen und diesen mit einem, wenn auch nicht völlig subjektiven Inhalt zu erfüllen (173).

4. Die objektive Theorie

Vertritt man dagegen wie die h.L. den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab, so könnte das eine Haftbarmachung für bloß rechtswidriges Verhalten bedeuten, da eine Zurechnung der rechtswidrigen Schadensverursachung (Tatbestandsverwirklichung) auf den Täter persönlich nicht erfolgt (174). Es genügt vielmehr zur Haftung - wenn man von den §§ 827, 828 BGB und der Frage der Zumutbarkeit absieht, die in der Mehrzahl der Fälle keine Rolle spielen - die unvorsätzliche Verursachung eines etwa unter § 823 Abs. 1 BGB fallenden Schadens, die eo ipso rechtswidrig ist, wenn kein Rechtfertigungsgrund vorliegt. Innerhalb der Schuld fehlt dann das Eingehen auf die persönlichen Fähigkeiten des Handelnden (175). Nach dem objektiven Maßstab (176) kommt es lediglich darauf an, ob eine Verletzung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt vorliegt, und zwar keiner dem Täter persönlich möglichen Sorgfalt, sondern der Sorgfalt, die ein normaler Durchschnittsmensch (bonus pater familias) angewendet haben würde. Daß bei strikter Befolgung dieses objektiven Grundsatzes eine untragbare Nivellierung eintritt, wurde bald erkannt. So ist es z.B. nicht

(173) Näheres u. Ziff. 6.

(174) Vgl. Brodmann, AcP 99, 371; Brütt, aaO, 154; Dölle, Verh. d. 34. DJT, I, 114 ff; E.-Nipperdey, A. T. aaO, § 211; ders., NJW 57, 1777 ff; Exner, Wesen der Fahrlässigkeit aaO, 190 ff; J. Goldschmidt, Verh. d. 34. DJT, II, 511; Heck, aaO, 77; Leonhard, Schuldrecht I aaO, 437; ders., Fahrlässigkeit, aaO, 44, 47 ff; Litten, JherJb 49, 442; Niese, JZ 56, 465; Planck, Komm. II/1, 221 und II/2, 1736; v. Tuhr, aaO, II/2, 487 ff.

(175) Nach Prot. II, 587 soll den Täter eine Garantiepflicht für seine Unfähigkeit treffen.

(176) Dieser soll nach Prot. I, 187 die Würdigung individueller Momente nicht ausschließen, Dagegen mit Recht Leonhard, Fahrlässigkeit, aaO, 9.

möglich, ein Kind mit demselben Maß zu messen wie einen Erwachsenen, an einen Fachmann dieselben Anforderungen zu stellen wie an einen Laien. Es kommt daher zur Milderung oder Verschärfung des objektiven Maßstabs durch Berücksichtigung von typischen Klassen und Kreisen, denen der Täter angehört (177). Also nicht die Eigenart des Täters selbst wird beachtet, sondern die seiner Klasse, sofern eine solche von der Rechtsprechung als typisch anerkannt ist (178).

5. Kritik

Bei der Abstufung der allgemein erforderlichen Sorgfalt nach typischen Kreisen und Klassen handelt es sich jedoch nicht um die Frage, ob größere oder geringere Sorgfalt zur Abwendung eines Schadens erforderlich ist, sondern einfach darum, daß nicht von jedermann dieselben Fähigkeiten und Kräfte verlangt und deren Fehlen ihm als Verschulden angerechnet werden kann.

Wenn nämlich mehrere Personen sich derselben gefährlichen Tätigkeit unterziehen, so ist die objektiv zur Vermeidung eines Schadens erforderliche Sorgfalt gleich, ohne Rücksicht darauf, ob Jugendliche oder Erwachsene, Fachleute oder Laien handeln (179). Nur wird den einen die Verletzung der Sorgfaltspflicht eher zugerechnet als den anderen. Ob aber nun der betreffende Jugendliche oder der betreffende Fachmann diese oder jene Fähigkeiten hat oder nicht, wird nicht berücksichtigt. Die Täter werden lediglich am Maßstab ihrer Gruppe, d. h. an der von dieser Gruppe zu erwartenden Sorgfalt gemessen.

Die Abstufung der Sorgfalt nach Kreisen und Klassen ist also nicht bedingt durch höhere oder geringere Anforderungen zur Vermeidung eines Schadens, sondern ist letztlich zurückzuführen auf das Problem der Zurechnung der vorliegenden Sorgfaltspflichtverletzung, ohne die der Erfolg normalerweise (Ausnahme: Mitverschulden, unabwendbares Ereignis) hätte ausbleiben müssen. Es handelt sich somit gleichsam um ein "objektiviertes Verschulden". Eine reine Schuldprüfung kann es schon deswegen nicht sein, weil das Wesen der

(177) Vgl. die Aufstellung von Gruppen bei Palandt, aaO, § 276 Anm. 4, b.

(178) Nach welchen Maßstäben allerdings diese Typizität bestimmt wird, ist oft nicht klar ersichtlich. Vgl. die Fälle in RGZ 127, 315 (Motorradrennfahrer); VersR 52, 103 (Reiseleiter).

(179) Planck-Siber, aaO, II/1 § 276 Anm. 2, b, B, bb (S. 221).

Schuld persönliche Vorwerfbarkeit ist und ihre Voraussetzungen daher individualisierbar sein müssen (180).

Diesem (gemilderten) objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab wird von den Anhängern der subjektiven Theorie der Vorwurf der Willkür bei der Anerkennung von typischen Kreisen und Klassen gemacht. Grundsätzlich liegt doch der Sinn der objektiven Theorie darin, daß die Unfähigkeit des Täters, im entscheidenden Augenblick sich richtig zu verhalten, nicht ein fahrlässiges Verschulden ausschließen soll (181). Andererseits findet aber die Unfähigkeit - wie auch eine besondere Fähigkeit - gerade durch die Berücksichtigung von typischen Klassen wieder ihren Standort im objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab. Diese Schematisierung von Eigenschaften eines Täters, die vom Willen unabhängig sind, wie etwa Verstand, Einsicht, Geschicklichkeit, Körperkraft usw., durch Bildung typischer Gruppen muß aber notwendig ungenau sein und dient nicht der Rechtssicherheit, da hier die Möglichkeit besteht, je nach Bedarf eine neue Gruppe zu bilden, indem man ihre Typizität behauptet, um dadurch die Haftung nach Billigkeit Gesichtspunkten auszuschließen oder zu begründen (182). Die

(180) Vgl. Maurach, A. T. aaO, 433.

(181) Bei § 254 BGB macht die objektive Theorie allerdings eine wenig einleuchtende Ausnahme, da bei der Abwägung des mitwirkenden Verschuldens ein subjektiver Maßstab angelegt wird, so daß die Fahrlässigkeit in diesen Fällen zweimal unter verschiedenen Wertungsgesichtspunkten geprüft wird. Einmal nämlich bei der Frage, ob den Verletzten überhaupt Fahrlässigkeit bei der Entstehung des Schadens trifft (obj. Maßstab) und zum anderen bei der Abwägung des mitwirkenden Verschuldens gegenüber dem Verschulden oder der Betriebsgefahr des Verletzers (subj. Maßstab): So RGZ 68, 423.

(182) Vgl. RGZ 119, 397 mit Anm. von Stoll, JW 1928, 2318: Der Schoner Lisbeth läuft bei einer Fahrt durch die Nordsee bei einem Sturm auf eine Untiefe. Der Kapitän, der in der Hochseeschifffahrt unerfahren ist, hat alles in seinen Kräften Stehende getan, um das Unglück zu verhindern. Infolge seiner mangelnden Erfahrung ergriff er jedoch die falschen Maßnahmen.

Das OLG hatte eine Haftung des Kapitäns gegenüber dem Reeder abgelehnt, weil es gegen Treu und Glauben verstoße, daß der Reeder, dem die mangelnde Vorbildung und Erfahrung des Kapitäns bekannt gewesen sei, nun Schadensersatz verlange. Zugleich führte das Gericht aber aus (RGZ 119, 400), "daß es innerhalb des Kreises der Segelschiffkapitäne je nach dem Grade ihrer seemännischen Erfahrungen verschiedene Gruppen

Unsicherheiten in der Beurteilung nach der subjektiven Theorie sind freilich keineswegs geringer, da die Feststellung von individuellen Fähigkeiten oder Unfähigkeiten in der Praxis zahlreiche Fehlerquellen birgt, zumal man in diesem Punkt häufig auf die Aussagen des Täters selbst angewiesen ist, der natürlich bemüht ist, seine Schwächen zu betonen. Aber wo soll man auf der anderen Seite die Grenze ziehen, welche typischen Klassen zu beachten sind und welche nicht? Man hat so die individuelle und typische Geistesbeschaffenheit von Kindern und Greisen, die Kenntnis und die Fähigkeiten von Ärzten und Rechtsanwälten als beachtlich herausgestellt. Warum nicht auch die Eigenarten von Fehlsichtigen und Krüppeln, die ein Bein verloren haben (183)? Ist der Unterschied zwischen einem senilen Greis und einem unbeweglichen Krüppel so groß, daß man bei ersterem die besondere Unfähigkeit zu seinen Gunsten berücksichtigt, während bei dem anderen der zweifelhafte Satz gelten soll: *imperitia culpa adnumeratur* (184)? Wo bleibt der innere Grund für die Berechtigung dieser oder jener Gruppenbildung? Entweder gar keine Gruppenbildung oder die Berücksichtigung aller typischen besonderen Merkmale. Nur dadurch könnte eine klare Linie geschaffen werden, da bei den meisten Menschen typische Merkmale vorliegen, die in einer gefährlichen Lage Fähigkeiten oder Schwächen begründen können. Würde man also letztlich alle diese typischen Merkmale beachten, so würde das einer durchgängigen Anwendung des subjektiven Fahrlässigkeitsmaßstabs gleichkommen. Bleibt man jedoch bei einem objektiven Fahrlässigkeitsbegriff, so sollte zu-

gäbe". Der Bekl., der in die Gruppe der Kapitäne ohne nautische Erfahrungen gehöre, habe daher "die für den Unfall ursächlichen Fehler nicht vermeiden können".

Das RG kennzeichnete jedoch die Ausführungen des Berufungsgerichts, soweit sie sich auf die Fahrlässigkeit beziehen, als rechtsirrig: "Wollte man innerhalb des Kreises der so bezeichneten Segelschiffkapitäne besondere Gruppen je nach dem Grade der nautischen Erfahrung des einzelnen unterscheiden, so würde dies eine unzulässige Verschiebung des sachlichen Maßstabs durch Hereinziehung persönlicher Umstände bedeuten."

(183) Vgl. Leonhard, Fahrlässigkeit, aaO, 8/9.

(184) Freilich kann er nur in dieser verstümmelten Form die objektive Theorie stützen. Vollständig lautet er nämlich: "... cum affectare quisque non debeat, in quo intellegit vel intellegere debet infirmitatem suam alicui periculosam futuram." Vgl. Dig. 9, 2, 8, 1.

nächst einmal eine Grenze für die Berücksichtigung von typischen Kreisen und Klassen gezogen werden.

Abgesehen von diesen Unzulänglichkeiten weist die objektive Theorie jedoch den Vorteil auf, die Fälle erfassen zu können, in denen eine Schadensverteilung an Persönlichkeitsmängeln auch unter Zuhilfenahme des Übernahmeverschuldens scheitert (185). Das ist dann der Fall, wenn der Täter zu dumm ist, seine eigene Unzulänglichkeit in bezug auf die gefährliche Tätigkeit zu erkennen. Dadurch wird ohne Zweifel die Sicherheit des Verkehrs begünstigt, wenn auch derartige Fälle nicht allzu häufig sein dürften. Auch eine Anwendung der objektiven Theorie allein auf das Deliktsrecht und nicht auf vertraglich (freiwillig) übernommene Pflichten angesichts der zahlreichen Fälle, in denen ein Vertrag ohne Bewußtsein des Täters zustande kommt - sozialer Kontakt -, und der Fälle, in denen ein gesteigerter Vertrauensschutz erforderlich ist - Straßenverkehr -, wenig sinnvoll. Allein in der Gefahr von Persönlichkeitsmängeln für die Umwelt liegt die Rechtfertigung für den objektiven Fahrlässigkeitsmaßstab, und nur auf diese Gefährlichkeit ist abzustellen ohne Rücksicht darauf, in welchen Rechtsgebieten sie zutage tritt.

6. Der Schuldmaßstab beim objektiven Fahrlässigkeitsbegriff

Auf jeden Fall ist es durch die Anerkennung des Rechtfertigungsgrundes des verkehrsrichtigen Verhaltens erforderlich geworden, die Pflichtwidrigkeit (objektive Sorgfaltspflichtverletzung) zur Rechtswidrigkeit zu ziehen, so daß man notgedrungen nach einem das Verschulden begründenden Merkmal suchen muß, wenn man sich nicht dem Vorwurf aussetzen will, eine Haftung für nur rechtswidriges Verhalten einführen zu wollen, und wenn man überhaupt auf eine klare Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld Wert legt. Abgesehen von diesen dogmatischen Erwägungen wird aber die Notwendigkeit eines von der bloßen Pflichtwidrigkeit abweichenden Schuldbegriffs schon wegen der verschiedenen Betrachtungsweise evident. Das Urteil der Pflichtwidrigkeit wird gefällt, wenn vom Erfolg her *ex post* feststeht, daß der Täter dieser Gruppe den Erfolg hätte vermeiden können. Eine andere Frage ist es jedoch, ob ein Täter dieser Gruppe *ex ante* die Gefährlichkeit seiner Handlung und

(185) Vgl. Heck, aaO, 77: "Wer zu dumm ist, eine Aufgabe zu erfüllen, wird erst recht zu dumm sein, seine eigene Unzulänglichkeit schon bei Vertragsabschluß zu erkennen."

ihre Eignung zur Herbeiführung eines tatbestandsmäßigen Erfolges erkennen und diesen vermeiden konnte, und zwar nicht allgemein, sondern gerade unter den damals vorliegenden Umständen. Damit sind zwei Schuldbestandteile der Fahrlässigkeit gefunden; nämlich die Beachtung der besonderen Situation mit all ihren den Erfolg begünstigenden oder seine Vermeidung unzumutbar machenden Gegebenheiten, in die damals ein Durchschnittstäter vor dem Eintritt des Erfolgs gestellt war (186). Um eine reine Schuldprüfung handelt es sich auch hier freilich nicht, weil nicht auf die Persönlichkeit des Täters selbst abgestellt wird, sondern auf die Eigenschaften seiner Gruppe.

Hierbei sind jedoch die Grenzen der adäquaten Verursachung und des fahrlässigen Verschuldens streng auseinanderzuhalten. Die fahrlässige Schuld umfaßt die Feststellung, daß ein Mensch von der Art des Täters die Gefährlichkeit der Handlung erkennen und den Erfolg vermeiden konnte. Die adäquate Verursachung steht dagegen schon fest, wenn nach objektiver ex ante-Prognose die gesetzte Bedingung den Schadenseintritt generell nicht unerheblich erhöht hat (187). Die wichtigsten Unterschiede liegen also einmal darin, daß ein fahrlässiges Verschulden nicht nur auf die Voraussehbarkeit, sondern auch auf die Vermeidbarkeit abstellt. Zum anderen bezieht sich bei der adäquaten Verursachung die Voraussehbarkeit auf diesen konkreten Schaden, während innerhalb der Fahrlässigkeit geprüft wird, ob irgendein Schaden generell voraussehbar war.

7. Ergebnis

Welcher Maßstab nun für das Zivilrecht vorzuziehen ist, läßt sich nicht ohne weiteres beantworten. Auf jeden Fall drängt die dogmatische Entwicklung zum Rechtswidrigkeitsbegriff dazu, die bisherige Rechtsprechung zur Fahrlässigkeit neu zu orientieren.

Feststeht, daß der objektive Maßstab bei Berücksichtigung des verkehrsrichtigen Verhaltens als Rechtfertigungsgrund zu einer klaren Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld gezwungen ist. Die Kritik wegen der Unbestimmtheit

-
- (186) Vgl. RGZ 50, 95; 90, 385; 92, 38; 97, 4; BGH NJW 52, 217; BGH NJW 52, 382 = LM Nr. 1 zu BGB § 276 (Ca); OLG Hamm MDR 54, 166 = VersR 54, 194; OLG Neustadt ZgA 52, 240; OLG Oldenburg VRS 1, 111.
- (187) Vgl. BGHZ 3, 267.

der Gruppenbildung kann nicht als unbegründet verworfen werden. Weniger schwer wiegt dagegen, daß die Fahrlässigkeit in dieser Form nicht dem Verschuldensprinzip entspricht, da im Zivilrecht nicht Schuld im ethischen Sinne im Vordergrund steht, sondern die Frage der Haftung zum Zwecke eines gerechten Schadensausgleichs.

Andererseits könnte sich der subjektive Maßstab, der die aus der neuen Rechtswidrigkeitslehre sich ergebenden Unstimmigkeiten ohne Schwierigkeiten vermeidet, in der Praxis allzu nachteilig auf die Verkehrssicherheit auswirken und in manchen Fällen eine gebotene Schadensabwälzung von Erstgeschädigten ausschließen. In dieser Richtung gehen auch die Bedenken der Literatur, die sich gegen eine Übernahme des subjektiven strafrechtlichen Fahrlässigkeitsbegriffs ins Zivilrecht ausspricht (188). Wenn auch verschiedene Ordnungsaufgaben verschiedene Ordnungsformen verlangen (189), also der strafrechtliche Fahrlässigkeitsbegriff wegen der anderen Zielsetzung des Zivilrechts nicht übernommen werden könnte, so setzt diese Ablehnung voraus, daß der subjektive strafrechtliche Maßstab den Aufgaben des Zivilrechts nicht gerecht zu werden vermag.

Ob diese Befürchtung richtig ist, bedarf noch des Beweises. Bedenklich stimmt hingegen bei Durchsicht der umfangreichen Rechtsprechung der Obergerichte die Unsicherheit in einer klaren Scheidung von objektivem und subjektivem Maßstab. Man kann sich häufig des Eindrucks nicht erwehren, daß der eine oder andere Maßstab nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten angewandt wird. So sind einige Entscheidungen unter dem Deckmantel eines objektiven Maßstabs eindeutig subjektiv orientiert (190). Andere wieder versuchen, die Haftung durch Aufstellung neuer verschärfter Verhaltensanforderungen zu begründen, und kaum eine Entscheidung enthält eine klare Abgrenzung des "Sollens" (Pflichtwidrigkeit) vom "Können" (Schuld).

Auf jeden Fall erscheint eine Korrektur des Fahrlässigkeitsbegriffs dringend erforderlich. Vielleicht wäre es sogar angebracht, eine Haftungsform aufzustellen, die sich vom "Ballast" des Verschuldensprinzips löst und die Haftungsbegrenzung nach neuen Gesichtspunkten bestimmt.

(188) Vgl. Niese, JZ 56, 456; Wieacker, JZ 57, 537.

(189) Vgl. Esser, Grundsatz aaO, 101, 346 f; davon ausgehend Stratenwerth, aaO, 25 ff, 29.

(190) Vgl. BGH LM Nr. 1 zu BGB § 823 (Eb): Entlastung, weil ein Unfall auf mangelnde physikalische Fachkenntnisse zurückzuführen ist.

Dennoch dürfte - gleichgültig, ob man auf dem Boden der subjektiven oder objektiven Theorie steht - auch beim heutigen Standort von Lehre und Praxis eine klare Linie hinsichtlich der Einordnung der einzelnen Elemente der Fahrlässigkeit zu erreichen sein, vor allen Dingen schon deshalb, um die leidige Vermengung von Rechtswidrigkeits- und Schuldmerkmalen zu vermeiden. Unter Berücksichtigung der hier nicht behandelten Haftungsvoraussetzungen - wie §§ 827, 828 BGB, potentielle Verbotskenntnis, Zumutbarkeit usf. - kommen zur Vermeidung einer Doppelprüfung der Pflichtwidrigkeit folgende Aufbauschemata in Betracht:

A

Aufbau nach dem objektiven Maßstab

1. Adäquate Schadensverursachung. Regelmäßige Folge: Rechtswidrigkeitsindikation.
2. a) Unrechtsausschließungsgründe, also je nach Fallgestaltung auch Prüfung des verkehrsrichtigen Verhaltens, der generellen Pflichtwidrigkeit.
b) Bei fehlender Rechtswidrigkeitsindikation, z.B. bei Verletzung eines allg. Persönlichkeitsrechts, des Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb u.ä., grundsätzlich positive Begründung der Rechtswidrigkeit durch Feststellung genereller Pflichtwidrigkeit.

Zu a) und b): Feststellung der Pflichtwidrigkeit ex post vom Erfolg her ohne Berücksichtigung der Täterpersönlichkeit und der damaligen Situation.

3. a) Schuldvoraussetzungen: §§ 827, 828 BGB.
b) Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins, u. z. unter Beziehung auf einen gutorientierten Angehörigen der Tätergruppe.
c) Objektivierter ex ante -Beurteilung der Situation bei Tatbestandsverwirklichung = Frage der Zumutbarkeit. Beurteilung also nicht mit den Augen des Täters persönlich, sondern mit denen eines gutorientierten Angehörigen seiner Gruppe.
-

B

Aufbau nach dem subjektiven Maßstab

1. Wie oben 1.
2. Wie oben 2. Also ebenfalls Anlegung eines objektiven Maßstabs.

3. a) Schuld Voraussetzungen: §§ 827, 828 BGB.
- b) Möglichkeit des Unrechtsbewußtseins unter Berücksichtigung der persönlichen Eigenheiten des Täters,
- c) Subjektiver Fahrlässigkeitsmaßstab + Zumutbarkeit: = Subj. ex ante - Beurteilung, ob dieser Täter in der damaligen Situation einen derartigen Erfolg voraussehen und vermeiden konnte.

LEBENS LAUF

Am 31. Mai 1933 wurde ich als Sohn des Bankdirektors Walter Zeiß und seiner Ehefrau Erna, geb. Weber, in Ulm geboren. Nach Besuch der Volksschulen in Elbing, Stettin und Stargard/Pom. besuchte ich die humanistischen Gymnasien in Stargard/Pom., Magdeburg, Hildesheim, Kaiserslautern und Mainz. Hier legte ich 1954 die Reifeprüfung ab und studierte anschließend acht Semester Rechtswissenschaft an der Johannes Gutenberg-Universität. Am 13.12. 1958 bestand ich vor dem Justizprüfungsamt in Mainz die 1. juristische Staatsprüfung. Seit dem 11. April 1958 stehe ich im juristischen Vorbereitungsdienst des Landes Rheinland-Pfalz.

